

LE
CONTRAT ESTIMATOIRE
EN DROIT FRANÇAIS MODERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 13 Décembre 1932, à 14 heures

PAR

Georges DUDAN

Avocat à la Cour

MEMBRES DU JURY :

Président : M. RIPERT, Professeur.

Suffragants { M. PIEDELIEVRE } *Professeurs*
 { M. COLLINET }

LES PRESSES MODERNES

IMPRIMERIE

45, Rue de Maubeuge, 45

PARIS

1932



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LE
CONTRAT ESTIMATOIRE
EN DROIT FRANÇAIS MODERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 13 Décembre 1932, à 14 heures

PAR

Georges DUDAN

Avocat à la Cour

MEMBRES DU JURY :

Président : M. RIPERT, Professeur.

Suffragants { M. PIEDELIEVRE } *Professeurs*
 { M. COLLINET }

LES PRESSES MODERNES

IMPRIMERIE

45, Rue de Maubeuge, 45

PARIS

1932

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.



TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	I
PROLEGOMENES	9
§ 1. <i>Définition du contrat estimatoire</i>	9
§ 2. <i>Dénomination de ce contrat</i>	12

PREMIERE PARTIE

PARTIE HISTORIQUE

CHAPITRE PREMIER. — LE CONTRAT ESTIMATOIRE EN DROIT ROMAIN. L' « AESTIMATUM »	21
CHAPITRE II. — QU'EST DEVENU LE CONTRAT ESTIMATOIRE EN DROIT FRANÇAIS	40
§ 1. <i>Ancien Droit</i>	40
§ 2. <i>Les Idées de Pothier</i>	44
§ 3. <i>Le Code Civil</i>	46
§ 4. <i>Les Codes Etrangers</i>	48
§ 5. <i>La Jurisprudence et ses errements</i>	51

DEUXIEME PARTIE

PARTIE CRITIQUE

CHAPITRE PREMIER. — EXISTE-T-IL DES CONTRATS INNOMMÉS EN DROIT FRANÇAIS ?	62
L'article 1107 du Code Civil	62

CHAPITRE II. — LA REMISE DE LA CHOSE	69
Les Contrats Réels du Droit Moderne et le Contrat Estimatoire	69
§ 1. <i>Position du Problème</i>	69
§ 2. <i>Les Contrats Réels et le Droit Moderne. La Théorie Classique</i>	73
§ 3. <i>Réfutation de la Théorie Classique. Les Théories Modernes et la négation de la notion de « Réalité »</i>	80
§ 4. <i>Le Contrat Estimatoire est un contrat consensuel. Rôle de la remise de la chose</i>	91
CHAPITRE III. — L'ESTIMATION. ÉLÉMENT CARACTÉRISTIQUE ET ESSENTIEL	95
§ 1. <i>Estimation « Taxationis Causa »</i>	97
§ 2. <i>Estimation « Venditionis Causa »</i>	98
§ 3. <i>Estimation « Taxationis Causa » transférant les risques à l'« accipiens »</i>	100
§ 4. <i>Estimation transformant l'obligation en obligation alternative. Cas du Contrat Estimatoire</i>	103
CHAPITRE IV. — AUTRES ÉLÉMENTS DU CONTRAT ESTIMATOIRE	107
§ 1. <i>Intention</i>	107
§ 2. <i>Terme</i>	109
§ 3. <i>Salaire</i>	113
CHAPITRE V. — CARACTÈRES DU CONTRAT ESTIMATOIRE. SA NATURE SPÉCIALE	115
1° <i>Il est bilatéral</i>	115
2° <i>A titre onéreux</i>	116
3° <i>Comporte une obligation alternative</i>	116
4° <i>Il est commutatif</i>	117
5° <i>Il est civil objectivement</i>	118
§ 2. <i>Sa Nature Spéciale</i>	119
CHAPITRE VI. — VENTE ET CONTRAT ESTIMATOIRE	122
§ 1. <i>Vente pure et simple</i>	122
§ 2. <i>Vente conditionnelle</i>	124
§ 3. <i>La Jurisprudence</i>	133

CHAPITRE VII. — DIFFÉRENCES AVEC LE LOUAGE	134
CHAPITRE VIII. — DIFFÉRENCES AVEC LE COURTAGE	137
CHAPITRE IX. — DIFFÉRENCES AVEC LE MANDAT ET LA COM- MISSION	139
§ 1. <i>Du Mandat</i>	139
§ 2. <i>De la Commission</i>	143
§ 3. <i>La Jurisprudence</i>	147
CHAPITRE X. — DIFFÉRENCES AVEC LA SOCIÉTÉ	151
CHAPITRE XI. — DU DÉPOT POUR VENDRE	160

TROISIEME PARTIE

PARTIE POSITIVE

CHAPITRE PREMIER. — ÉLÉMENTS DE VALIDITÉ	167
§ 1. <i>Capacité des Contractants</i>	167
§ 2. <i>Qualité de l'Objet</i>	170
a) biens immeubles	171
b) choses mobilières incorporelles	173
CHAPITRE II — OBLIGATIONS DES PARTIES	175
1° Obligation du « Tradens »	175
2° Obligation de l' « Accipiens »	176
CHAPITRE III. — EFFETS DES OBLIGATIONS	179
Le Contrat Estimatoire transfère-t-il la Propriété ?	179
CHAPITRE IV. — EFFETS DES OBLIGATIONS (suite)	186
Cas de la Faillite	186
CHAPITRE V. — EFFETS DES OBLIGATIONS (fin)	190
La question des Risques	190

CHAPITRE VI. — ACTIONS CONTRE LES TIERS	199
CHAPITRE VII. — MODES D'EXTINCTION	200
CHAPITRE VIII. — VARIÉTÉS DU CONTRAT ESTIMATOIRE	202
CONCLUSION	207
BIBLIOGRAPHIE	209

INTRODUCTION

C'est une entreprise bien téméraire, semble-t-il, d'écrire sur le contrat estimatoire. Et bien ardue également, s'il faut en croire Leyser, qui emploie à cet égard des termes un peu exagérés.

Bien téméraire, car c'est presque innover en la matière. A part le remarquable article de M. Thaller, article publié en 1905 et qui semble ne pas avoir suscité d'imitateurs ni de commentateurs, si ce n'est par de là les monts, rien n'a été écrit en France jusqu'ici sur la question.

Quand nous disons rien n'a été écrit sur la question, nous entendons qu'aucun ouvrage n'a été fait, à notre connaissance, sur ce contrat, tel qu'il se comporte en droit moderne. Car d'éminents auteurs français ont étudié et creusé, parfois avec beaucoup de conscience, la notion de contrat estimatoire en droit romain, l'« aestimatum » suivant le nom qui lui a été donné par les commentateurs. Contrat qui paraît avoir été assez en vogue dans le négoce d'alors pour attirer l'attention des jurisconsultes et provoquer leurs discussions. Discussions qui ont été, dans le droit de Justinien, solutionnées dans un titre fort court il est vrai, du Digeste, le xix, 3, qui traite de la nature du contrat et de celle de l'action qui doit lui compéter ainsi que de la question des risques.

Cependant, malgré l'intérêt que paraît comporter la question, les auteurs de l'Ecole Française n'ont pas écrit d'ouvrage spécial sur ce sujet. Ils se sont contentés d'en parler dans le cours de traités généraux sur le droit romain, sur le droit des obligations, à l'occasion des contrats innommés ou de l'action *proescriptis verbis*.

On ne connaît guère que l'école Allemande, à des fins pratiques autant que théoriques, et plus récemment l'école Italienne, à avoir

fourni des travaux documentés et spéciaux, non seulement sur la question d'aestimatum, mais également sur sa forme moderne, le contrat estimatoire.

Est-ce à dire que pour nous, français, la question ne se pose plus ? Que le moule romain qui servait de substratum juridique à cette opération commerciale ayant été brisé, notre droit positif et notre codification l'ayant passée sous silence, cette convention ait disparu et que l'opération qu'elle réglementait n'ait plus pour nous d'utilité ni de fonction économique, à moins qu'elle ne soit rentrée dans le cadre d'un contrat voisin ?

Les conditions économiques actuelles ne semblent pourtant pas condamner l'usage d'un tel contrat, bien au contraire. Elles ne sont nullement différentes de celles de pays voisins comme l'Allemagne où, sous le nom de « Troedelvertrag », il a donné lieu à une réglementation spéciale ainsi qu'à de nombreux écrits.

D'ailleurs, pour notre pays, la lecture de plusieurs décisions de jurisprudence sur des conventions litigieuses qui reflètent tous les caractères que possédait l'« aestimatum », révèle que cette convention n'est pas abandonnée par les contemporains. D'autre part, les hésitations et contradictions de ces décisions, notamment sur la nature de ces conventions, nous permettent de penser qu'elles ne rentrent pas dans le cadre habituel des contrats réglementés par les textes en vigueur.

C'est à M. Thaller qu'appartient, je crois, le mérite d'avoir été le premier en France à montrer la persistance et même le modernisme de cette convention et à la rattacher à ses origines romaines. Nous lui gardons une grande reconnaissance de nous avoir montré le chemin et nous ne pouvons d'ailleurs résister au désir de citer le passage le plus caractéristique de son article à ce sujet : (1)

« En quoi consiste l'opération ? *Res aestimata vendita datur*. Celui qui la reçoit compte la vendre. Mais il se peut qu'aucun acquéreur ne se présente, qu'il n'arrive pas à s'en défaire. *Ipsam rem debet incorruptam reddere aut estimationem de qua convenit* (L. 1 pr. et § 1 h. t.). Le contrat laisse donc au preneur de la marchandise, dans un délai tantôt préfixe, tantôt laissé à la bonne foi des parties, l'alternative entre la restitution de l'objet ou le paie-

(1) Thaller, A propos du contrat estimatoire dans *Mélanges Appleton*.

ment d'une somme convenue que nous appellerons pour tout simplifier un prix.

Ainsi compris, le marché, loin d'avoir un caractère insolite, répond aux besoins courants de certains commerces, et continue à se traiter actuellement. C'est un négociant en gros ou une maison de fabrique qui se met en rapports avec un détaillant afin d'obtenir par son ministère l'écoulement de ses produits. Le détaillant pourrait acheter ferme à un prix faible susceptible de lui laisser un bénéfice sur la revente future. Ce serait pour le vendeur la meilleure situation. Mais sa contre-partie ne tient pas à courir le risque de la mévente, surtout s'il s'agit d'articles de valeur. Le détaillant ne veut pas davantage engager de fonds de roulement dans les approvisionnements qu'il n'est pas sûr de placer. Il est donc convenu qu'il pourra rendre les marchandises s'il ne les écoule pas, et qu'il n'aura aucune somme à verser pour celles qu'il restituera. Il ne lui sera facturé que les exemplaires qu'il ne représente pas, probablement parce qu'il les a vendus, et le prix porté en facture est celui que les parties sont convenues à l'origine ».

Et M. Taller de citer un certain nombre d'applications pratiques de ce contrat dans les différentes opérations commerciales.

La corporation qui paraît le plus souvent en user est naturellement celle des bijoutiers. Nous disons naturellement car notre convention est surtout destinée, par sa nature, à servir à l'écoulement de marchandises d'un certain prix et d'un placement difficile.

Il est courant que des bijoutiers, même des plus considérables et des mieux achalandés sur la place, se fassent confier un certain nombre de pierres par leur fournisseur pour les mettre en montre, sans les acheter. Ou, sur l'espérance d'une vente à un gros client, et afin d'essayer de mieux répondre à son désir, se fassent remettre tel ou tel bijou spécialement pour sa venue. Si l'opération est conclue, le client emportera la perle ou le diamant « unique » sans se douter souvent qu'il n'a jamais appartenu au grand bijoutier en vogue dont l'adresse est connue de tous, alors que celle du fournisseur n'est guère connue que des initiés.

De même, circulent dans toutes les capitales, un certain nombre de démarcheurs qui s'intitulent souvent « courtiers » ou « commissionnaires », « négociants » ou même tout simplement ne

s'intitulent pas du tout et qui proposent des pierres de grande valeur dans les milieux où ils savent pouvoir s'introduire. La maison de gros qui leur a confié ces pierres et dont ils ne dépendent pas, à qui ils n'ont pas de compte à rendre, à qui ils ne doivent que la restitution des pierres ou le paiement de leur estimation en cas de non restitution, est ignorée de la clientèle spéciale et restreinte que peut intéresser une telle marchandise. Elle n'aurait guère de chances de l'atteindre même par des représentants ou commissionnaires, car il faut pouvoir s'introduire partout, être au courant d'une foule de « faits divers » et savoir saisir l'occasion, tout en ayant une grande liberté dans la fixation du prix. Elles préfèrent donc risquer l'opération sans engager de frais

Mais il n'y a pas que les bijoutiers à utiliser ce procédé. On peut citer presque au même titre les éditeurs, principalement les éditeurs de livres rares ou de livres de nouveautés. Il y a des ouvrages de luxe ou qui ne présentent qu'un intérêt limité à certaines catégories de lecteurs, et qui sont d'un écoulement difficile. De même, un auteur nouveau est présenté au public, on ne sait s'il plaira, et l'on est quand même tenu de tirer à un certain nombre d'exemplaires.

On devine aisément que le libraire détaillant n'est nullement disposé à garder dans son magasin des livres qu'il ne vendra qu'au bout d'un temps assez long ou qu'il ne vendra peut-être pas du tout. Il demandera donc, comme d'usage, à son fournisseur de les lui facturer « à condition ». Au bout du mois, du trimestre, rarement de l'année, il lui enverra un relevé avec la mention des livres vendus et ceux qui restent en magasin. Il règlera à son éditeur, aux échéances convenues, le prix fixé pour ceux qu'il a pu écouler ; il renverra, en outre, ses invendus, à moins qu'il préfère les garder encore un certain temps s'il espère pouvoir les vendre ultérieurement. Et dans cette corporation cette opération a pris une telle importance, que le syndicat des libraires allemands a même éprouvé le besoin de la réglementer spécialement et officiellement après la publication du nouveau Code Civil de l'Empire qui l'a passée sous silence.

Dans le même ordre d'idées, les modestes crieurs de journaux des rues pratiquent exactement de la même façon, et rendent

tous les soirs ou tous les matins au dépositaire central, dont ils ne sont pas pourtant les agents, les numéros invendus.

Si par exception, il arrive que certains journaux leur fassent « boire le bouillon » suivant l'expression consacrée, ils ont droit à un bénéfice plus élevé pour compenser ce risque.

Il en est de même pour toute l'industrie du colportage. Les « Donniciole » mentionnés par Böhmer (1) et par Ferrière (2) sous les noms de Trödelweiber ou « Revendresses » faisaient déjà dans leur temps métier de vagabonder sur la route et allaient à domicile, offrant en vente des objets usagés par le propriétaire, et elles ne sont pas encore disparues de nos coutumes.

Cette opération n'est pas uniquement commerciale du reste et elle peut très bien se concevoir entre un simple particulier et un commerçant ou même entre deux non-commerçants. Il peut facilement arriver qu'une personne possède une chose superflue ou qu'elle a besoin d'argent. Aller porter cet objet au Crédit Municipal, c'est souvent s'exposer à tirer une bien maigre somme d'un objet de valeur. D'autre part, la décence, l'amour-propre ou d'autres empêchements ne permettent pas souvent au maître de la chose de la mettre lui-même en vente, car, comme dit Böhmer (3) « la plupart des hommes sont orgueilleux de telle sorte qu'ils considèrent comme honteux de vendre certaines choses précieuses, car une telle vente peut servir d'indice aux autres hommes qu'un tel homme est très pauvre, alors que la plupart briguent les richesses et veulent passer pour être riches.

Il est donc plus facile pour des personnes se trouvant dans un tel embarras de confier l'objet, soit à un professionnel, soit même à un ami, mieux placé et discret, pour tenter de le vendre et de leur rapporter soit un prix minime fixé entre eux, soit, en cas d'insuccès, la chose elle-même.

On voit que loin d'être tombée en désuétude, l'opération envisagée, non seulement peut très bien se concevoir encore dans la pratique commerciale et privée, mais qu'elle est appelée, en raison

(1) Böhmer, *Diss. Cit.*, dans *Bibliografica*, § XV et XX.

(2) de Ferrière, *La jurisprudence du Digeste*, au titre « de Aestimatoria » (Lutstraz, 1611).

(3) Böhmer, *op. cit.*, § III. L'auteur y voit même là l'origine psychologique de notre contrat.

même des circonstances économiques actuelles, à un grand développement.

En effet, l'état général d'insécurité dans lequel se traitent actuellement les affaires recommande au contraire ce procédé qui permet d'éviter les risques de la vente ordinaire, notamment en cas de faillite du recevant. Il répond mieux d'autre part au désir du détaillant d'éviter l'accumulation d'un stock difficile à écouler, que la vente à crédit par exemple, en lui laissant la faculté de restituer et ainsi de ne rien payer.

C'est pourquoi il est de plus en plus pratiqué par d'autres corporations que celles déjà mentionnées, et où il semblait cependant en temps normal ne jamais devoir s'introduire, ainsi dans la chemiserie, le meuble, et même dans les Grands Magasins de nouveautés.

La crise a amené bien des commerçants à considérer comme insuffisantes les garanties ordinaires de solvabilité devant les effondrements de maisons même des plus sérieuses. L'abus de la vente à crédit leur a causé bien des déboires. Il leur est apparu que pour des marchandises dont l'écoulement n'est pas immédiat et certain, la meilleure des garanties était justement de ne point vendre définitivement à l'intermédiaire, mais de se réserver la propriété de l'objet tant que le prix fixé ne leur serait pas versé. Et ils ont préféré agir avec prudence et au risque plus grave de l'insolvabilité, ils ont substitué celui de la mévente dont leurs capitaux souffrent moins.

Il est donc curieux de constater qu'une opération aussi courante n'ait pas suscité d'étude spéciale, comme tout récemment la location-vente, et qu'une réglementation quelconque ne soit pas intervenue pour en fixer les limites et en tirer les conséquences.

Peut-être la raison en est-elle qu'on la considère en France comme rentrant dans le cadre d'un des contrats déjà réglementés. C'est d'ailleurs la conclusion de l'article de M. Thaller qui voit en elle une vente sous condition suspensive.

Mais cependant, même si cette thèse était adoptée, bien que semblant nettement contredire les sources du droit romain, les particularités très originales de cette convention auraient dû attirer l'attention des juristes et le développement de sa pratique une plus grande jurisprudence.

D'ailleurs, M. Thaller lui-même déclare que les « interprètes du droit moderne n'ont, pas plus que les anciens, le droit de s'en désintéresser », et M. Fliniaux dans son cours de Droit Romain de 1931-32, en mentionnant les hésitations de la jurisprudence montre toute l'importance de la question.

Les auteurs allemands, comme nous l'avons déjà indiqué, ne se sont pas dérobés à cette étude, et l'on peut mentionner une nombreuse bibliographie germanique sur ce contrat qui y prend en général le nom, impropre d'ailleurs, de « Troedelvertrag » le « troedler » étant par étymologie spécialement un marchand de friperie, d'effets brocantés, ce qui laisserait à penser que cette opération n'est pratiquée que par cette corporation.

Les codes antérieurs au Code Civil de l'Empire, l'« Allgemeines Landrecht » prussien, le Code Civil du royaume de Saxe, le Code Civil Autrichien ont même réglementé ce contrat, comme nous le verrons par la suite.

Mais malheureusement, le Droit Allemand est trop différent du nôtre pour que l'on puisse penser à incorporer sans retouches sérieuses ses dispositions à notre milieu. D'autre part, malgré la persistance de la pratique du droit romain, et peut-être même en raison des déformations que cette pratique a pu amener, la conception de l'« aestimatum », telle qu'elle ressort des écrits des commentateurs et même des dispositions législatives, semble assez s'éloigner de la pure notion primitive. Nous le verrons d'ailleurs dans le corps de cet ouvrage par quelques allusions aux codes et aux traités en vigueur.

D'ailleurs, et c'est pour cela principalement que je le disais, avec Leyser, en tête de cette introduction, cette étude est rendue très ardue par « les dissentiments des docteurs envers les principales questions ». Les auteurs allemands semblent avoir ressuscité presque à plaisir les anciennes discussions des jurisconsultes classiques qu'Ulpien paraissait avoir closes, et ils en ont même suscité de nouvelles. Et s'il y a de la littérature germanique sur la question, on ne peut guère trouver que des notions trop brèves ou au contraire des traités diffus et difficiles à analyser.

Nous avouons que, devant toutes ces difficultés, nous étions presque déterminés à abandonner notre tâche, quand nous eûmes la chance de découvrir un certain nombre d'ouvrages italiens qui,

plus récents et plus clairs et de plus traitant directement de la question, nous apportèrent une aide considérable.

Chez eux, la notion romaine se retrouve sans altération, et la critique des textes se révèle facile.

D'autre part, le droit italien se rapproche assez du droit français pour que l'on puisse sans grand danger assimiler les solutions que les jurisconsultes ultra montains ont cru pouvoir tirer de la raison des textes codifiés.

Nous tenons à mentionner plus particulièrement l'article très documenté, très logique et très lisible de M. le professeur Coviello (1) dans la *Rivista Italiana per la Scienze Giuridiche* qui parut en 1893, et qui nous devons l'avouer sans fausse honte a servi en grande partie de base à ce modeste ouvrage.

D'autre part, il n'est nullement défendu d'appliquer au droit français, dans les cas où la législation n'a pas prévu de réglementation, les solutions du droit romain, ce dernier n'ayant point été formellement abrogé par le Code Civil et valant toujours comme raison écrite. D'autant plus que cette étude a surtout pour objet la « projection » sur le droit français actuel d'une institution du droit romain. Nous appuierons donc principalement la discussion sur les sources du droit romain, les opinions des interprètes tant français qu'italiens mises en harmonie avec notre droit positif et nous nous efforcerons de démontrer les errements de la jurisprudence et la nécessité d'une réglementation légale.

Nous tentons néanmoins une entreprise bien périlleuse, mais si nous nous égarons l'on voudra bien nous pardonner : nous n'avons voulu que préparer le chemin à ceux qui, plus qualifiés que nous et surtout possédant un bagage scientifique plus considérable, voudront bien développer plus surement et creuser plus profondément une question que nous persistons à croire intéressante.

(1) Coviello, Del contratto aestimatorio. Dans la *Rivista Italiana per la Scienze Giuridiche Torino*, Fratelli Bocca Editori, année 1893, volume XV, fascicule III et Vol. XVI, fasc. I.

I

§ I. — DÉFINITION DU CONTRAT ESTIMATOIRE

Les Romains ne se sont pas chargés de nous donner une définition précise d'un contrat auquel ils ne semblent même pas avoir donné de nom propre, ce qui d'ailleurs se conçoit assez facilement, puisqu'il rentrait dans la catégorie des contrats « innommés ».

Dans le texte fondamental, au titre 3 du livre XIX du Digeste, on se contente de nous dire que la discussion roule sur le cas où : « res aestimata vendenda datur », ce qui semble nettement insuffisant si l'on considère seulement les autres contrats cités dans le même texte et avec lequel celui-ci risquait déjà de se confondre.

Cela est encore plus insuffisant dans notre droit moderne où le mandat, par exemple a pris une forme telle, dans son dérivé, la commission qu'il répond parfaitement à la conception d'une chose estimée que l'on a donnée à vendre.

Si l'on veut donc caractériser cette convention et au besoin apercevoir ce qui la différencie des autres, il est donc nécessaire de creuser un peu plus sa nature.

M. Demangeat, dans son Cours Élémentaire de Droit Romain (1), analyse ainsi l'opération :

« Je remets à Titius un certain objet, qu'il estime ; il est convenu entre nous qu'il le vendra, et que, quel que soit le prix qu'il en retire, il me devra le montant de l'estimation par lui faite. »

Cette définition a le grave défaut, à mon avis, d'être incomplète. Elle laisse complètement de côté le caractère alternatif du contrat, si bien mis en lumière au contraire par les textes romains eux-mêmes : *Ipsam rem debilibi incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit* (L. 1 pr. et § 1 du titre « Praescriptis verbis ») et par l'article de M. Thaller précité. Elle montre l'opération aboutissant obligatoirement à une vente, alors que celle-ci n'est qu'une

(1) Demangeat, *Cours Élémentaire de Droit Romain*, 1866, (2^e éd.), t. II, p. 587, « De l'action Praescriptis Verbis ».

espérance dans l'esprit des parties et que le Digeste lui-même a considéré au même titre comme résultat de cette tentative la restitution de la chose.

D'autre part, l'estimation de la chose est toujours laissée à l'arbitraire du recevant, alors que ordinairement, au contraire, c'est celui qui confie la chose qui fixe le prix auquel il l'abandonnera.

Nous écarterons donc, au moins pour ces deux raisons, cette définition.

M. Ortolan, dans son *Explication des Institutes de l'Empereur Justinien* revue par M. Labbé (1) restitue le caractère alternatif à notre convention :

« Ici une personne reçoit une chose avec estimation, en se chargeant de la vendre et d'en tenir compte, après vente, au prix d'estimation convenu, quel que soit celui qu'elle en aura retiré, ou bien de la rapporter si elle n'a pu parvenir à la vendre. »

En dehors de la mise en évidence du caractère alternatif, cette définition a en outre le mérite de ne pas attribuer uniquement au recevant la fixation de l'estimation. En outre, elle mentionne une des particularités habituelles du contrat : la liberté complète du recevant quant au prix de vente et le défaut de corrélation entre la fixation de ce prix et celui de l'estimation.

Mais elle restreint cependant la liberté du recevant en laissant croire qu'il a pris l'engagement formel de vendre la chose « en se chargeant de la vendre », ce qui d'ailleurs paraît assez peu cadrer avec le caractère alternatif reconnu au contrat.

Le texte fondamental d'Ulpien qui réglemente la question, parle, nous l'avons vu, du cas où une « *res aestimata vendenda datur* ». Cette expression ne révèle que l'intention des parties, le but économique poursuivi par elles. Mais rien au delà. Aucune obligation n'est mentionnée à ce sujet dans le contexte, aucune sanction n'est prévue au cas où l'accipiens ne réussirait pas à vendre.

Il y a donc lieu d'écarter également cette définition.

M. Mainz, dans son *Cours de Droit Romain*, au titre « de *Aestimatoria* » (2), commet la même erreur :

(1) Labbé, *Explication des Institutes de l'Empereur Justinien* par Ortolan, revue par Labbé, 12^e éd., livres III et IV des Institutes, p. 340, § 1604.

(2) Mainz, *Cours de Droit Romain*, 5^e éd., t. II, tit. I, de *Aestimatoria*, 1913, p. 343.

« Ce contrat, dit-il, se forme quand je remets à un autre une chose pour qu'il la vende et m'en procure un prix déterminé, ou bien qu'il me la restitue au cas qu'il ne la vende pas. »

Cela s'explique d'autant mieux que, dans la phrase suivante, M. Mainz assimile le contrat estimatoire au contrat de commission. Rien d'étonnant, par conséquent, à ce que sa définition reflète l'idée de mandat.

D'autre part, cette définition peut laisser croire que le recevant est obligé de vendre à un prix déterminé, ce qui n'est pas mentionné dans les textes sur l'aestimatum est lié au contraire à l'idée généralement admise de l'indépendance du prix obtenu et de l'estimation liminaire. Elle ne fait pas voir en tous cas le bénéfice de l'opération résultant pour le détaillant de l'écart entre les deux prix, ce qui était mieux mis en évidence par la définition de M. Ortolan.

M. Accarias, le précieux commentateur des contrats innommés, semble se rapprocher un peu plus de la vérité quand il dit, dans son *Précis de Droit Romain* (1) :

« Il y a aestimatum ou contrat estimatoire lorsque je vous remets une chose pour la vendre et que vous vous engagez à me rendre ou la chose elle-même ou une estimation dès à présent convenue entre nous. »

Ici, le terme « pour la vendre » semble seulement là traduire l'intention des parties, car il est suivi de la détermination de l'obligation du recevant qui s'engage uniquement à rendre ou la chose elle-même ou son estimation, et non à employer son activité à vendre, ce qui trahirait l'idée de mandat que les textes semblent, jusqu'à preuve du contraire, exclure de ce contrat.

M. Girard, dans son traité (2) donne la même définition, ainsi que d'autres auteurs.

Cependant, cette définition ne nous semble pas encore assez près de la vérité. D'autre part, elle ne mentionne pas le caractère purement matériel de la tradition qui ne peut être par elle-même translatrice de propriété.

Aussi, dans le souci d'être à la fois complet et précis, et de nous rapprocher le plus possible des sources romaines qui ont créé la

(1) Accarias. *Précis de Droit Romain*, t. II (4^e éd.), p. 416.

(2) Girard, *Manuel*, 4^e éd., p. 593.

conception de notre contrat, nous nous inspirerons plus volontiers des définitions de M. Cuq (1) et de M. Fliniaux (2) en faisant toutefois ressortir le but économique de l'opération, le « *vendendum dare* » exprimé dans le Digeste. Mais nous restituerons à cette expression sa signification exacte originaire telle qu'elle résulte de la traduction même du texte d'Ulpien « *res aestimata vendenda* » c'est-à-dire proprement : « une chose estimée *devant être vendue* », qui marque non une prétendue obligation de faire à la charge du recevant, mais la *destination* de la chose.

Nous définirons donc le contrat estimatoire :

« *Un contrat par lequel une personne s'oblige à remettre une chose à une autre personne qui aura la possibilité de la vendre, sans l'en rendre propriétaire, avec estimation de cette chose, et comportant, pour celle qui la reçoit, obligation alternative de restituer la chose elle-même en bon état ou de payer l'estimation convenue.* »

§ 2. — DÉNOMINATION DE CE CONTRAT

Pourquoi avoir appelé cette convention « contrat estimatoire » ?

Cette expression ne se trouve pas dans les sources romaines, qui, nous l'avons vu, ne paraissent donner aucune appellation spéciale à ce contrat innommé. Elle a seulement été employée par les interprètes assez récents, car on ne la rencontre ni dans la glose, ni dans Bartole, ni dans Paolo di Costro et Giason del Mayno, non plus dans Cujas (3). Sans qu'on sache qui a été le premier à en user, on la trouve cependant dans les auteurs postérieurs à ceux-ci, et non au moyen âge comme le dit Palazzo (4).

Elle est d'ailleurs critiquée, notamment par De Medio (5) qui la trouve trop vague et pouvant donner lieu à équivoque, ainsi que par Coviello (6). Ce dernier fait remarquer que cette appellation

(1) Cuq, *Inst. Jur. des Romains*, II, p. 446.

(2) *Cours de Droit Romain*, années 1931-1932, section IV, « Contrats dits Innommés ».

(3) Coviello, *op. cit.*, p. 366.

(4) Ifredo Palazzo, *Il contratto Aestimatorio*, dans *Archivio Giuridiche*, vol. 74 (an. 1905), p. 160.

(5) De Medio, *Il contractus Aestimatorius*, p. 4-5.

(6) Coviello, *op. cit.*, vol. p. 366.

n'a pas de signification, parce que les contrats dans lesquels peut intervenir une estimation sont multiples. Cependant, cela n'empêche pas ces auteurs d'en faire le titre de leur étude.

Mais quelle autre appellation employer ?

Celle d'Aestimatum, qui semble plus proche des origines, et qui est utilisée par un certain nombre d'auteurs (1), pourrait encourir le même reproche, car elle ne dit pas autre chose que son correspondant, français ou italien.

D'autres préfèrent qualifier ce contrat de « Remise pour vendre » « Vendendum dare ». Notamment parmi ceux-ci nous pouvons citer De Medio, qui réduit même cette formule à la remise pure et simple (2) et Alfredo Palazzo (3). Bertolini a fait justice de cette dénomination imparfaite et qui prête encore plus à la confusion que la précédente. Si le « Vendendum dare » n'a jamais été la qualification romaine de notre contrat, à plus forte raison, à notre époque, ne peut-on parler à ce sujet de remise pure et simple, ce qui ne signifie rien en soi, non plus que de « remise pour vendre » qui se rapporte à d'autres contrats, notamment à ceux impliquant l'idée de mandat et d'autre part ne cadre pas avec le caractère alternatif reconnu à l'« Estimatum ».

M. Fliniaux (5), après avoir traité de la convention d'aestimatum ou « contrat estimatoire » en droit romain, rapproche cette institution de celle qu'il qualifie, en droit moderne, de « convention de consignation ».

C'est au fond à peu près la même idée que précédemment, car la consignation n'est pas autre chose qu'une remise, en général une remise à titre de dépôt.

Or, si ce terme est souvent employé dans la pratique commerciale pour désigner l'opération que nous étudions, il n'en est pas moins inexact, car d'après la définition que nous en avons donnée

(1) Ronga, *Just.* vol. 2, p. 176. — Girard, *Traité op. cit.*, p. 585, 587, n° 3, p. 590. — Cuq, *Inst., op. cit.*, p. 444 et s., vol. 2. — Bertolini, *Appunti Didattici di Diritto Romano Università di Torino*, Torino, 1905-1914, anno 1906, p. 402 et 412, note 1.

(2) De Medio, *op. cit.*, p. 55 et s., où sont cités les autres auteurs qui se rattachent à ce mode d'appellation.

(3) Alfredo Palazzo, *Il contratto aestimatorio*, Archivio Giurid., vol. 74, p. 160.

(4) Bertolini, *op. cit.*, p. 412.

(5) Fliniaux, Cours 1931-32.

ci-dessus, notre convention n'a pas en vue un simple dépôt, lequel implique en général comme unique solution la restitution de l'objet remis, mais une opération plus complexe et donnant beaucoup plus d'initiative à celui qui reçoit à qui elle confère le pouvoir de vendre.

Les Allemands, eux, ont trouvé une appellation, très spéciale, pour ce contrat ; ils ont créé, à leur manière habituelle, le mot « Troedelvertrag », formé de Vertrag, contrat, et « Troedler » qui désigne généralement les petits marchands de bric-à-brac, les fripiers les brocanteurs, qui font habituellement le commerce de revendeurs, de « regrattiers » suivant une expression plus significative. Ces petits marchands correspondraient à peu près aux « circitores » (1) ou aux « scrutarii » des sources romaines. D'autre part, celui qui donne la chose à vendre est qualifié, par correspondance des termes, de « Vertroedel ».

Coviello (2) trouve cette appellation plus adéquate à notre contrat que celle d'« estimatoire » sans indiquer malheureusement pourquoi et De Medio (3) semble la prendre à titre d'emprunt, pour la commodité. Mais elle est critiquée, avec juste raison, par Thaller (4) et Leonhard (5).

En effet, si notre contrat devait être uniquement pratiqué par des fripiers ou des brocanteurs, nous pourrions par imitation de l'expression allemande (et non par traduction directe, le mot « troedler » étant à peu près intraduisible) appeler cette opération : le « contrat du fripier », ou mieux le « contrat de brocante ».

Mais d'une part, nous l'avons vu (Introduction, p. 1 et s.), de multiples professions qui n'ont rien de commun avec les marchands de bric-à-brac, pratiquent, surtout à l'heure actuelle, ce qu'elles appellent généralement la vente à condition, ou la consignation. Il arrive même à de simples particuliers de confier des

(1) L. 5, § 4, D. XIV, 3. « Sed etiam eos institores dicendes placuit, quibus vestiarii Vel lintearii dant Vestem circumferendam et distrahendā, quos vulgo *circitores* appellamus ».

Pour « scrutarius » : voir dans *Aulus Gellius*, *Notti attiche*, III, 14, 10 rapporté par Lucilius.

(2) Coviello, *op. cit.*, p. 366.

(3) De Medio, *op. cit.*, p. 4-5.

(4) Thaller, *op. cit.*, p. 646, (dans l'extrait, p. 10).

(5) Leonhard (R.), *Aestimatorius contractus*, dans *Encyclopédie de Pauly Wissowa*, p. 402-403, du vol. I, col. 691-2.

objets pour en favoriser la vente, à des non professionnels, à des personnes de confiance, pour des raisons psychologiques autant qu'économiques, c'est alors un véritable contrat « cum amico ».

D'autre part, les brocanteurs eux-mêmes, achètent le plus souvent et même au comptant les objets qui figurent à leur étalage. On peut même dire que le contrat estimatoire ne serait pas pratique pour eux, car cette opération au comptant et de la main à la main qu'ils font avec leurs vendeurs leur permet d'avoir d'occasion, et souvent une occasion très avantageuse, des objets de valeur appartenant à des gens pressés d'avoir de l'argent ou de se débarrasser définitivement de l'objet.

Tandis que les mêmes gens, s'ils n'avaient l'espoir d'être payés que lorsque le brocanteur aurait vendu l'objet confié, ou dans un certain délai, feraient forcément des conditions plus élevées, ou ne concluraient rien.

Sous un autre angle, voit-on souvent des gens confier de vieux vêtements pour la vente, impliquant restitution éventuelle, au marchand d'habits qui crie dans les rues, et dont on ne connaît ni le nom ni l'adresse le plus souvent incertaine ? On ne se livre pas volontiers à de pareilles imprudences fantaisistes !

Enfin, il n'est pas d'usage d'appeler, juridiquement du moins, les contrats par le nom de la profession de ceux qui la pratiquent, même exclusivement.

Appellerons-nous ce contrat « vente à condition » comme le font couramment les usagers et comme semble nous y inviter M. Thaller, en conclusion de son article ?

En outre que cette appellation ne correspond pas à la définition donnée précédemment, des raisons très sérieuses et sur lesquelles je ne puis anticiper, mais qui seront développées dans la suite, me la font rejeter sans recourir à une discussion plus approfondie.

De même pour la qualification de revente, que l'on trouve dans le Code Civil Prussien (1).

Les usagers eux-mêmes, par une pratique qui témoigne de leur ignorance de la nature juridique exacte de l'opération, passent la plupart du temps sous silence le mot « vente ». Ils parlent surtout

(1) *Code Général pour les Etats Prussiens*, traduit par les membres du bureau de législation étrangère par ordre du Ministre de la Justice (an IX), t. I, 1^{re} partie, titre XI, section V.

dans leurs bordereaux ou factures de « livraison à condition », ou de « condition » tout simplement.

Nous ne nous arrêterons donc pas à ces expressions qui sont d'ailleurs très éloignées des sources romaines. Mais ces sources romaines, pourquoi ne pas s'en inspirer, plutôt que de recourir à des déformations postérieures ou à des appellations étrangères ?

Le titre 3 du livre XIX du Digeste qui traite de la question, est simplement intitulé « Dé Aestimatoria ». Il sous-entend sans doute « actione » (1). C'est une habitude des romains de traiter les questions de droit surtout eu égard à la procédure y relative qui revêtait pour eux une importance primordiale et cela se conçoit puisqu'il ne pouvait pas y avoir de droit effectif, reconnu, tant qu'il n'y avait pas une action correspondante pour le faire respecter.

De même que le principium de ce titre du Digeste, un passage des Institutes de l'empereur Justinien, au chapitre traitant des actions (2), parmi celles que l'on considère comme étant de bonne foi, cite celle qui « de aestimato proponitur » au même titre que celle qui « ex permutatione competit ».

Si l'on n'a jamais contesté à l'échange, contrat innommé tout comme l'aestimatum, le nom même que portait l'action « praescriptis verbis » qui lui compétait en droit romain, pourquoi refuserait-on à notre contrat le même mode d'appellation provenant du titre même du texte qui traite de la question ? Ainsi à l'inverse en matière de vente, de louage, de société, de mandat et d'un grand nombre de contrats, même non consensuels on trouve qu'ils étaient sanctionnés par des actions portant le même nom que le contrat auquel elles s'appliquaient.

D'autre part, pourquoi les membres de la commission de législation qui firent le Digeste, en classant les textes anciens, n'auraient pas été frappés par un des éléments de ce contrat qui, s'il se rencontre évidemment dans d'autres, n'y a pas certainement la même importance, ni le même rôle, comme d'ailleurs le fait remarquer Coviello lui-même dans la suite de son étude (3), se contredisant ainsi sans s'en apercevoir. Pourquoi n'auraient-ils pas été tentés de faire, à tort ou à raison, de l'estimation liminaire, la carac-

(1) Table des matières de la Florentine, d'après Meylan, *Origine et nature de l'action Praescriptis Verbis* ; partie spéciale : 1° « Aestimatum » p. 99.

(2) Instit. Just., IV, 6-28 ; *Textes* Girard, 5^e éd., p. 976.

(3) Coviello, *op. cit.*, p. 387 et s.

téristique de cette opération, et, par voie de conséquence, d'imprimer sa marque à la sanction de procédure que les jurisconsultes y avaient attachée ?

Ceci peut n'être qu'une hypothèse, mais elle me semble plus logique que celle qui conduit à appeler cette opération un « vendendum dare ».

Mais ce qui n'est pas une hypothèse, et qui confirme notre thèse, ce sont les termes employés dans le corps des textes mentionnés ci-dessus. En effet, tant dans le passage d'Ulpien cité au Digeste, que dans celui des Institutes de Justinien, il est question d'une action qui « de aestimato proponitur ».

Or, la préposition « de » et l'ablatif indiquent nettement l'idée de provenance et d'attribution. Ceci ne veut pas dire autre chose qu'une action est préposée en cas d'estimation, ou pour employer l'expression des commentateurs d' « aestimatum ».

Et nous revenons ainsi à notre point de départ, car, que les Romains aient eu ou non une appellation spéciale pour ce contrat, ce qui reste toujours dans le doute mais ne serait nullement en contradiction avec la qualification d'innommés donnée aux contrats sanctionnés par l'action « praescriptis verbis », comme nous le verrons par la suite, il n'en reste pas moins qu'ils eurent surtout en vue, en traitant de cette opération, l'estimation qu'elle implique nécessairement.

Il est donc logique, soit de l'appeler « aestimatum » comme les commentateurs ; soit plutôt, en francisant le vocable et en imitant en cela beaucoup d'auteurs qui l'emploient, même parmi ceux qui la condamnent, de l'appeler comme nous l'avons fait au début : le contrat estimatoire.

PREMIÈRE PARTIE

Partie historique

CHAPITRE PREMIER

Le Contrat Estimatoire en Droit Romain: L' « Aestimatum »

II

L'AESTIMATUM

Il nous a semblé essentiel, et même nécessaire, de placer au début de cette étude une brève esquisse de la physionomie de notre contrat en droit romain.

Nous n'avons voulu présenter notre convention qu'en droit moderne exclusivement, cependant, comme nous le faisons remarquer dans l'introduction, nous ne pouvons nous passer des sources romaines en raison de l'absence de réglementation actuelle. Il n'est nullement défendu de combler les lacunes de notre droit par des solutions contemporaines à la création de notre institution, tout en respectant les principes généraux qui gouvernent les obligations dans le droit positif français.

Le droit romain quoi qu'on en ait dit, reste et restera toujours la « Raison Ecrite ». Il n'a nullement été aboli par la création du Code Civil, quant aux dispositions qui ne sont pas déclarées abrogées par ce dernier.

Ainsi que nous l'avons dit, le but de cette étude est surtout d'examiner la « projection » sur le droit moderne d'une institution d'origine romaine.

Cependant, nous nous bornerons dans ce chapitre à un simple rappel historique, sans nous attarder aux questions controversées. Nous réserverons, en effet, pour le corps de l'ouvrage l'exa-

men et la discussion des caractères et des règles essentielles de ce contrat, à l'aide des sources romaines et des opinions des interprètes.

Le contrat estimatoire était déjà fort en vogue à Rome. Il répondait nettement aux besoins économiques d'alors. Comme dit Meylan (1) : « Si l'on considère la prospérité matérielle de Rome
« on ne peut qu'être frappé de l'insuffisance de sa législation
« commerciale. Sans parler du commerce lointain, dont l'institu-
« tion des préposés sous puissance permet à peine d'imaginer le
« fonctionnement (Thaller p. 645, art. cité), il faut reconnaître
« que le système des contrats présente, au regard même de la
« métropole des lacunes qu'expliquent ses origines et le traditio-
« nalisme latin, mais qui n'en devaient pas moins être ressenties
« et qu'on devait s'efforcer de combler. » L'absence de mandat commercial était une de ces lacunes essentielles (2).

Comme le démontre Thaller, le mandat romain, gratuit de son essence ne pouvait s'adapter au rôle joué actuellement par le contrat de commission, sans perdre sa physionomie originale. Quant au louage de services, il n'était pas assez souple pour rendre les services que l'on pouvait être en droit d'attendre d'un correspondant commercial.

Grunhüt (3) et Lepe (4) font observer que les Romains pouvaient se servir de l'immense avantage que leur conféraient les droits sur les personnes en puissance et qu'ils élaient des préposés, généralement leurs fils ou leurs esclaves à qui ils confiaient des comptoirs qui demeuraient leur propriété. Mais comme le dit encore très bien Thaller (p. 8 cité), ce n'est qu'une affirmation sans preuve. D'autre part, tous les importateurs ne pouvaient pas s'imposer la charge d'une installation de facteur permanent dans un port lointain. Cette factorerie travaillant pour le compte d'un seul aurait eu peu de chances de couvrir ses frais.

Qu'il y a-t-il donc d'étonnant à ce que se soit introduit facilement à Rome la coutume des grands commerçants de confier à d'autres, citoyens ou pérégrins, faiant le métier de détailler de

(1) Meylan, Thèse, *op. cit.*, p. 103.

(2) Thaller, *op. cit.*, p. 8.

(3) *Das Recht des Kommissionshandels*, p. 3.

(4) Lepe, *Ueber den Ursprung des Kommissionshandels*, dans la *Zeitsche* (H. R., 26 v., 1881, p. 442).

marchandises, soit dans un comptoir, soit en visitant la clientèle à domicile, le soin d'écouler une certaine partie des stocks entreposés dans leurs magasins (1). Le procédé était courant entre hommes libres, les textes en font foi. (D. XIX 3, 1 et 2 ; 17.2.44 ; 19.5.13, pr. — Paul, II, 4, 4 ; cf. D. 19.5, 17.1).

Et nous pouvons plus spécialement citer à cet égard le passage du D. 14.3.5.4, où Ulpien considère comme *institores* ceux que dans le langage courant on nomme *circitores* (quibus Vestiarrii vel lintearii dant vestem circumferendam vel distrahendam) ; lesquels institores étaient des hommes libres, au moins dès l'époque de Gaius, sinon dès la création de l'action *institoria* connue de Servius Sulpicius (2).

Le droit existant alors s'est efforcé de s'adapter au fait nouveau et de le régler.

Cependant, il est impossible dans l'état actuel de nos connaissances, de préciser l'époque à laquelle fut introduite l'action d'*aestimatum*. Plaute semble connaître le procédé de *rem aestimatam vendendam dare* (Mercator, I, 1, 14 à 16, : « meus pater dedit aestimatos merces ; ita peculium conficio grande » of. Captivi II, 2, 101 ; II, 3, 4). Mais cela ne nous permet pas de conclure à l'existence d'une action sanctionnant cette opération, action qui, on le constate facilement à la lecture du passage d'Ulpien (D. 19.3.1. pr.), ne fut introduite qu'après de longues discussions.

Plusieurs auteurs cependant (3) estiment, avec assez de vraisemblance, que cette action fut admise soit à la fin de la République, soit plutôt dans les premières années de l'Empire. En effet, l'action *in factum decretalis* tendant à faire obtenir la contre-prestation dans les cas douteux de « nova negotia » apparaît pour la première fois chez Labéon (D. 18.1.50 ; 19,5, 19 pr.). Si l'on ne peut affirmer que l'action estimatoire fut le prototype de ce

(1) Costa, *Corso*, vol. 2, p. 298.

(2) Gaius, IV, § 71, D. XIV, 3, 5, 1 ; Girard, *Manuel*, p. 680, n. 2 ; p. 684 ; Meylan, *thèse citée*, p. 104, n. 1.

(3) Costa, *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, 1890, p. 298, *Corso*, n° 75 ; De Medio, *op. cit.*, p. 6 et s. ; Bertolini, *op. cit.*, p. 404, n. 3 ; Meylan, *thèse citée*, p. 108, n. 1.

genre de sanctions, comme le fait Meylan (op. cit.) suivant en cela la tradition des auteurs antérieurs, on doit néanmoins convenir que le prêteur dut accorder une action en exécution à notre contrat au même titre qu'aux autres contrats dits innommés, et à une époque pour le moins contemporaine. Il est certain d'autre part que les besoins économiques auxquels notre opération était destinée à satisfaire existaient au moins aussi impérieux du temps d'Hadrien que du temps d'Auguste.

Cette action était un progrès considérable et marque une date dans l'histoire du droit romain. Antérieurement, au cas où une convention synallagmatique, non obligatoire par elle-même, avait été exécutée par l'une des parties, il était impossible d'exiger la contre-prestation. Tout ce qu'il était possible de faire, c'était d'exiger la restitution de la prestation qui avait été faite en vue de la contre-prestation, à condition toutefois que la prestation effective eût consisté en une dation, c'est-à-dire en un transfert de propriété. Cette possibilité d'exiger la restitution de la prestation effectuée était tout simplement une application du principe de l'enrichissement injuste et l'action portait le nom de *condictio ob rem dati*, c'est-à-dire en restitution de la chose transférée dans le but d'opérer une contre-prestation (Paul, Digeste XII, 6, 65, 4 (1). Tous les auteurs se trouvent d'accord sur ce point. Actuellement en outre les romanistes se trouvent presque unanimes à penser que c'est le prêteur qui commença à sanctionner, de façon toute empirique, et en dehors de toute idée de contrat certains *nova negotia*, au moyen d'actions in factum decretalis.

Cette expression « décrétable » signifie que le prêteur ne promettait pas de formule dans son édit, mais l'accordait *cognita causa*, soit spontanément, soit sur la proposition d'un jurisconsulte (2) pour le cas envisagé. Cette catégorie d'actions remonte, comme nous l'avons vu, à Labéon qui la propose dans un cas où l'on ne savait pas si l'on se trouvait en présence d'une locatio rei ou d'une locatio operis faciendi (D. XIX, 5, 1-1). — On en trouve les vestiges également dans de nombreux autres textes du Digeste, ce qui tend à prouver qu'elle était d'un usage courant à l'époque classique.

(1) M. Fliniaux à son cours.

(2) de Francisci, *Synallagma*, II, p. 231 et Lenel, éd. perp. 3^e éd., p. 301, principalement ont mis en lumière le caractère décrétable de ces actions.

Mais où l'on ne se trouve plus d'accord, c'est quand il s'agit d'expliquer la transformation de cette action, et la genèse de l'action civile *praescriptis verbis* que l'on trouve dans les compilations Justinienues.

A l'heure actuelle, on se trouve en présence de plusieurs théories sur ce sujet, que nous nous contenterons d'énoncer.

Une première théorie, dite extrémiste (Perozzi, Beseler, de Francisci, Partsch, Arangio, Ruiz), soutient que l'action *in factum decretalis* serait restée pendant toute la période classique le seul moyen tendant, en ce qui concerne les *nova negotia*, à assurer toutes les fois que l'on ne pouvait employer l'action du contrat le plus voisin, l'exécution de la contre-prestation (1).

Une deuxième théorie, dite modérée, admet l'existence d'une action *civile* indépendante, action contractuelle, incertaine de bonne foi, dont la formule aurait renfermé une *praescriptio* au lieu de démonstration. Cette formule aurait figuré dans l'Edit du préteur en matière d'*aestimatum* (*actio de aestimato* dans Ulpien 32 ad ed et Dig. XIX, 3, 1). Créée sans doute par Ariston ou par Mauricien, cette action aurait fusionné avec l'action *in factum* sous le nom générique d'action *praescriptis verbis* (2).

Le système de Meylan soutient que l'action *praescriptis* viendrait de l'action *in factum* avec une *praescriptio* (3).

Celui de M. Giffard prétend que le *condictio incerti* sanctionnant les pactes unilatéraux, d'après certains fragments du Digeste (notamment D. 43.26.19.2) et qui aboutissait dans ces cas à une véritable action en exécution, aurait fonctionné également à l'époque classique dans des cas nombreux de *nova negotia* constituant des conventions synallagmatiques. Cette *condictio*, qui aurait alors constitué une action civile, incertaine, de droit strict aurait

(1) Beseler, *Beitrag*, 1911, p. 156 et s.

Parsch (C.-R.), de Francisci, *Synallagma*, t. I, dans la Revue Fond. Savigny (35, 1914, p. 338) ; Perozzi (Istituzioni, 1^{re} éd., II (1908), p. 282 ; 2^e éd., II (1928), p. 356 ; de Francisci, *Synallagma*, I (1912), p. 108 et s.

(2) Lenel, 2 premières éditions de son *Edictum perpetuum* ; Cuq, *Manuel* ; Girard, *Manuel* ; Collinet, *Revue Belge de Philologie et d'Histoire*, 1925, p. 51. *Revue historique de droit*, 1929, p. 30 et s. ; Kretschmar, *Prager juristische Zeitschrift*, VIII, 1928, p. 12.

(3) Meylan, thèse, Lausanne, déjà citée.

pris les lieu et place de l'action *in factum* décrétable et en aurait atteint indirectement le but, c'est-à-dire l'exécution de la contre-prestation, par le moyen suivant : son *intentio incerta* était précédée de *praescripta verba* jouant le rôle d'une *demonstratio* et aurait comporté une *taxatio*. Par la suite, à l'époque post classique, cette *condictio* aurait été appelée *actio praescriptis verbis*, par la survivance des *praescripta verba* de sa formule, et, sous Justinien, elle aurait fusionné avec l'action *in factum* prétorienne devenue *civilis*, parce que décrétable (1).

M. Fliniaux (2) enfin, qui critique tous ces systèmes, notamment celui dit extrémiste parce qu'il n'explique pas le nom d'action *praescriptis verbis*, et celui dit modéré parce qu'il a perdu son principal appui depuis que Lenel a montré l'invraisemblance de l'existence dans l'Edit d'une action civile de bonne foi, de *aestimato*, propose une dernière théorie :

S'il est vrai que pendant toute la période classique, les *nova negotia synallagmatica* n'ont bénéficié, pour assurer l'exécution de la contre-prestation, que de l'action *in factum* décrétable, ou de celle du contrat le plus voisin, on y voit cependant déjà apparaître le germe d'une action *civile* en exécution, et cela de deux façons :

Sous la forme d'une *condictio incerti*, en cas de pactes unilatéraux uniquement, puisque la restitution équivaut ici à l'exécution pure et simple du contrat :

Sous la forme d'une action *ex stipulatu* donnée à titre utile, aussi bien dans le cas de pacte unilatéral que dans celui de convention synallagmatique. Et c'est là d'ailleurs le point le plus original du système de M. Fliniaux qui a dégagé la preuve de l'existence de cette action très spéciale, tant d'une constitution de Dioclétien et Maximien, de 290, (C. Just. VIII, 54 (55), 3 — *Fragmenta Vaticana*, 286) pour le cas de *datio donandis causa*, que d'une constitution de l'Empereur Alexandre Sévère, de 230 (C. Just. II, 4, 6) pour le cas de transaction.

L'action *praescriptis verbis* du droit post classique viendrait ainsi directement de la *condictio incerti* et de l'action *ex stipulatu*

(1) Giffard, *R. H. D.*, 1930, p. 377.

(2) Fliniaux, Cours, 1931-32.

(3) Lenel, 3^e éd. de l'*Edictum Perpetuum* (1927).

Voir aussi : Beseler, II, 1911, p. 161 ; IV, 1920, p. 135.

utile, qui, toutes deux étaient incertaines et comportaient une *demonstratio* ou *praescriptio*, particularité qui a été retenue pour leur donner ce nom caractéristique et générique de « *praescriptis verbis* » dès avant leur fusion sous Justinien.

A ce dernier stade de l'évolution à cette époque de fixation définitive du droit romain, et qui est la seule ayant vraiment de l'intérêt pour notre étude, la convention d'*aestimatum*, comme les autres contrats ou pactes dits innommés, est ainsi sanctionnée par deux actions différentes :

1° Une action personnelle en exécution de la contre-prestation qui porte alors indiscutablement le nom d'*actio praescriptis verbis*, et présente les caractères suivants : elle est civile, incertaine et de bonne foi ;

2° Une action personnelle en restitution de la prestation effectuée. C'est la *condictio ob rem dati* de l'époque classique qui s'appelle également dans les compilations Justininiennes : *condictio causa data causa non secuta* ou *condictio ob causam datorum*. Elle est de droit strict et fondée sur l'idée d'enrichissement injuste.

En principe, la partie lésée a le choix entre les deux actions. Comme à notre époque, elle peut demander l'exécution de la prestation, ou la résolution de la convention (article 1184 C. Civil).

Cependant, quand toutes les conditions du contrat dit innommé se sont pas réunies, notamment s'il y a pas eu *datio* au sens juridique du mot, c'est-à-dire transfert de la propriété, on ne pourra pas intenter l'action *praescriptis verbis*, mais seulement la *condictio* (1).

Enfin, une autre action également personnelle, mais d'un caractère spécial, pouvait également être donnée à l'époque de Justinien. C'est à elle que les interprètes ont donné le nom de *condictio propter pœnitentiam*. Elle est accordée, comme son nom l'indique, lorsque celui qui a fourni la prestation se repent de l'avoir fournie et voudrait la reprendre, alors même que l'autre partie ne se refuse pas à exécuter la contre-prestation. C'est là une institution très

(1) Ce qui tendrait à prouver qu'en droit romain, il y avait transfert de la propriété du tradens à l'*accipiens* en matière de contrat estimatoire, puisque ce dernier est également sanctionné par l'action *praescriptis verbis*. Mais ce raisonnement ne saurait s'appliquer d'une façon certaine, certains auteurs faisant rentrer l'*aestimatum* dans la combinaison *facio ut facias* ou *facio ut des*. Nous verrons la question plus loin,

spéciale au droit de Justinien, vraisemblablement créée par analogie avec la révocation *ad nutum* de l'aliénation fiduciaire (1) et dont on ne retrouve plus trace actuellement en notre droit. Nous verrons d'ailleurs dans le corps de la discussion la question de la possibilité pour celui qui a confié une chose à vendre, de la reprendre avant l'expiration du délai, quand il en a été fixé un par les parties.

Mais quel que soit le système adopté sur les sanctions desdits contrats innommés, il est certain que ces sanctions, on ne les a pas appliquées d'emblée à la convention d'aestimatum. On s'est demandé dès le début si cette dernière ne serait pas tout simplement un contrat connu affectant une forme particulière, et à qui l'on pourrait attribuer l'action du contrat voisin, comme on le faisait parfois, nous l'avons vu pour des conventions que l'on prenait d'abord pour des « *nova negotia* » avant que l'analyse juridique ait permis le rattachement.

Cette discussion, qui a pu se produire pour tous les contrats non déjà réglementés, et notamment pour l'échange (controverse célèbre entre les Sabinien et les Proculien), apparaît avoir été particulièrement vive pour notre contrat. Le texte fondamental d'Ulpien, au livre trente-deuxième sur l'édit reporté au principium du D. XIX, 3, de Aestimatoria (actione), nous révèle toutes les hésitations des jurisconsultes : *fuit magis dubitatum*, dit-il. Il y eut en effet de très grands doutes. On s'était d'abord demandé s'il n'y avait pas là une vente, *propter aestimationem*, en raison de l'estimation accompagnant fatalement la remise de la chose et faisant ainsi office de prix.

Puis on avait pensé au louage, à la *locatio conductio operis faciendi* surtout, sans doute parce qu'il y a là également un genre d'entreprise et une *res* confiée par l'une des parties à l'autre au sujet de laquelle (et non pas toujours sur laquelle) elle effectue un travail déterminé et qu'elle doit rendre ou remettre à un tiers (transport de marchandises).

Egalement, on s'était demandé s'il n'y avait pas là un mandat, peut-être parce que l'accipiens paraît accomplir une mission, celle de vendre un objet, et que l'acte produit ses effets dans sa personne (Code Just. 4, 27, 1).

(1) Guiseppe Grosso, « *Sulla fiducia a scopo di Manumissio* », dans la Riv. ital. per Sc. Giur. N. S. IV, (1929) p. 251 et suiv.

Ulpien ne parle pas dans ce texte de la Société, mais il y fait allusion (au titre général de *Praeser verbis*, XIX, 5, 1. 13 pr.) dans son livre 30 ad Ed. : « *Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum quasi alio negotio gesto...* » (1).

Toutes ces assimilations, tous ces rattachements éventuels furent repoussés, Ulpien ne nous en donne pas les raisons dans le « *sedes materiae* » du XIX 3, mais dans le texte précité, il nous explique que pour le mandat il fut jugé qu'il ne pouvait être confondu avec la convention envisagée « *quia et mandata gratuita esse debent* ». Cette raison suffisait en effet aux romains pour expliquer la différence, car il était alors de l'essence du mandat d'être gratuit, en raison des rapports d'amitié existant généralement entre les deux parties.

Quant à la société, dans le même texte, il nous dit qu'une société ne pouvait être considérée comme contractée dans ce cas, en ce sens qu'il ne donne pas lieu, pour les tradens, à un partage d'associés, mais que celui-ci en retire un prix certain.

Pour les deux autres contrats, la vente et le louage, nous n'avons malheureusement pas de texte nous éclairant sur les motifs de leur exclusion, et cela est d'autant plus regrettable pour la suite de l'exposé, car nous verrons que quelques auteurs modernes, dont Thaller, en ont profité pour assimiler notre convention à une autre.

On en est donc réduit à des conjectures. Mais il est facile de deviner que les jurisconsultes repoussèrent sans doute l'idée de vente, en raison du caractère alternatif de notre contrat mentionné au § 1 de la loi 1 du même chap. 3 du titre XIX du Digeste (*aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit*) (2) et aussi parce qu'elle ne correspondait pas à l'intention de l'accipiens. Celui-ci en effet ne désire qu'une chose, comme le tradens d'ailleurs : se débarrasser de l'objet qu'il s'est

(1) La raison de l'omission de la société, dans D. XIX, 3, 1, pr. est donnée par Meylan, thèse citée, p. 123, n. 2.

Buckland (*Mélanges Cornil*, 1926, t. I, p. 143) prétend que ce texte du XIX, 5, ne s'applique pas à l'aestimatum. Nous verrons cette question plus loin.

(2) Cuq, *Inst. Jur.*, II, p. 446.

Accarias, *Précis de Droit Romain* (4^e éd.), t. II, p. 416.

Mainz, *Cours Dr. Romain* (5^e éd.), t. II, p. 343.

proposé de vendre, le plus tôt possible. Il n'a pas, on le comprendra, l'intention de le garder pour lui, et cette hypothèse ne pourra guère arriver que par accident (1).

Quant au louage, à la *locatio operis faciendi* (2), il n'a pas dû être envisagé très probablement, parce qu'il comporte immanquablement un loyer certain. Tandis que, dans l'*aestimatum*, s'il peut y avoir accidentellement une compensation destinée à récompenser l'accipiens de ses démarches, il n'en reste pas moins qu'elle n'est pas de l'essence du contrat. La phrase finale du titre « de *Aestimatoria* », qui forme la loi 2, est significative à cet égard : « *Haec actio utilis est et si merces intervenit.* » Cette conjonction montre en effet qu'aucune assimilation ne peut être faite, même dans ce cas (3). Au contraire, l'excédent du prix de la vente sur l'estimation a un tel caractère aléatoire qu'il se distingue nettement d'un loyer (4).

La liste des contrats voisins étant épuisée, du moins pour l'époque, toute assimilation se révélant impossible, il ne restait plus dans les idées romaines que deux solutions offertes aux juriconsultes :

Ou bien assimiler l'*aestimatum* suivant les cas, à l'un ou à l'autre des contrats signalés, en faisant appel à la théorie des pactes adjoints, dont les applications sont attestées dès la fin de la République (Serv. Sulpicius, D. XIX 1. 13. 30). Mais, même *ex intervallo*, ces pactes supposaient nécessairement un contrat principal

(1) Meylan, thèse citée, p. 105.

Palazzo, *Il contratto Estimatorio Archivio G.*, 74, 1905, p. 163 et s., démontre l'erreur de Thaller qui s'appuie sur D. XIV 4.5.18, pour prouver que les juriconsultes romains, se contredisant, auraient pensé à la vente. Ce texte en effet n'est pas relatif à l'*aestimatum*.

(2) Bertolini, *op. cit.*, p. 408, fait très justement remarquer que les romains n'ont pu penser qu'à la *locatio operis faciendi* tant était évidente la diversité de notre contrat et du louage de choses (Contra Coviello, *op. cit.*, p. 406-407, Thaller, *op. cit.*, p. 14, (650).

On peut également excepter la *locatio operarum* pour le même motif, en raison des liens de dépendance trop étroits qui existent entre le patron et l'ouvrier, pour être imposés à un correspondant commercial qui doit au contraire avoir toute sa liberté de manœuvre.

(3) Meylan, thèse citée, p. 405.

(4) Bertolini, *op. cit.*, p. 408.

qu'ils augmentaient, renforçaient (souvent) ou diminuaient. Or, dans notre cas quel aurait été le contrat principal ? L'embarras se révélait aussi grand.

Ou contester la possibilité d'une telle assimilation et se résigner à ne voir dans notre convention qu'un pacte nu, sauf à concéder au besoin une action prétorienne décrétable (1) ; il semble bien que ce soit par une action de cette sorte que l'on ait sanctionné d'abord notre contrat, en même temps que fonctionnait la *condictio* pour la restitution (2). C'est cette formule *in factum* qui, nous l'avons vu, était concédée par le préteur, *cognita causa*, pour les cas douteux où l'on se trouvait en présence de « *nova negotia* ».

Quoi qu'il en soit de l'évolution de cette action *in factum* concédée spécialement pour chaque cas particulier, il est certain qu'à l'époque de Justinien, passant du particulier au général, on appliquait en tout état de cause à notre cas une sanction civile mais qui ne se rattachait à aucune des conventions similaires.

En effet, que nous dit-on dans le *sedes materiae*, sous la plume d'Ulpien « *melius itaque visum est hanc actionem proponi* ». Toute réflexion faite, les jurisconsultes ont cru devoir abandonner l'idée de rattachement à l'un des contrats mentionnés. Ils ont alors estimé préférable, en conséquence, de proposer une action.

Mais quelle action ?

C'est alors qu'ils (les compilateurs probablement) rappellent la grande règle générale que le Digeste développera plus loin au titre XIV, 5 « *de Praescriptis verbis* » :

« *Quotiens enim de nomine contractus alicujus ambigenetur, conveniret tamen aliquam actionem dari.* » Toutes les fois en

(1) Meylan, *op. cit.*, p. 106-107, voit une troisième solution : celle de la création d'une action nouvelle individualisant l'aestimatum et consacrant sa nature obligatoire. Et il admet, pour soutenir sa thèse de l'existence dans l'Edit d'une formule spéciale concernant l'aestimatum, cette dernière solution.

Mais, nous avons vu, depuis que Lenel, dans sa 3^e éd. de l'*Edictum Perpetuum*, a démontré l'inexistence dans l'Edit d'une action civile « *de aestimato* », que cette thèse paraît insoutenable. D'autre part, le texte du D. XIX, 3, 1 pr. d'Ulpien invoqué par Meylan à cet égard, ne veut pas dire que ce soit l'Edit qui ait créé la sanction de cette convention.

(2) L'existence de cette action *in factum* pour la convention qui nous intéresse est confirmée, s'il en était besoin, par le passage d'Ulpien du D. XIX, 5, 13 pr. :

« *Placiet neque mandati neque pro socio esse actionem sed in factum quasi adio negotio gesto* ».

effet qu'il est balancé sur le nom de quelque sontrat, il convient cependant de donner une action ».

Et en conséquence :

« *Dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem.* » On donnera une action *estimatorie* praescriptis verbis. Rien n'est plus simple.

A l'époque où ce passage a été inséré au Digeste en effet, la théorie des contrats innommés est stabilisée (1). A cette époque, toutes les fois que l'on se trouve en présence d'une convention synallagmatique exécutée par l'une des parties et qui n'est pas un des contrats nommés, on applique l'action « praescriptis verbis ». Action générale, in jus, incertaine et de bonne foi.

Et on l'applique à l'aestimatum en en donnant d'ailleurs les raisons : « *est enim negotium civile gestum et quidem bona fide.* »

C'est en effet, toujours au moment où le compilateur écrit, une convention de droit civil et à la vérité de bonne foi.

En effet, il fallait qu'elle eut ces deux qualités pour qu'elle puisse bénéficier d'une action qui par elle-même les possède. Un passage des Institutes de Justinien (au § 28, 1 de *actionibus* 4, 6) nous

(1) Ce passage a donné lieu à de vives controverses. De Medio, notamment (*op. cit.*), relève et critique la plupart des opinions. Nous sommes entièrement de l'avis de Lenel ; le texte doit être interpolé à partir de « *quotiens enim* ». Il se réfère à une théorie qui n'était certainement pas encore née du temps d'Ulprien, étant donnée sa nouveauté dans un droit qui ne connaissait pas de sanction aussi générale et qui ne pouvait concevoir un contrat sans sa sanction spéciale, au moins directement. D'autre part, Lenel fait remarquer combien choque l'expression « *actio aestimatoria praescriptis verbis* ». (Lenel, *L'Edit*, vol. 2, p. 16-17 ; *Palingen*, vol. 2, col. 652, n. 2). Cependant, à cet égard, on peut dire que l'auteur de l'interpolation a simplement voulu qualifier (Labbé sur Ortolan, *op. cit.*, p. 340, § 1604, et Accarias, *Précis cité*, t. II, p. 416) l'action praescriptis verbis dans le cas d'aestimatum. Il n'a nullement voulu déclarer, ce qui serait absurde, que l'on devait donner une action estimatoire toutes les fois où il y aurait incertitude sur le contrat envisagé. Mais il a simplement rattaché au contraire le cas d'espèce à la théorie générale en la rappelant. C'est d'ailleurs le sens de l'expression « *de aestimato* » au début du principium : « *actio de aestimato* » une action pour le cas d'aestimatum. Et le titre doit se lire : « *De Aestimatoria actione praescriptis verbis* », qui correspond mieux au contexte. Voir à ce sujet également Coviello, *op. cit.*, p. 369 (vol. XV, fasc. III) qui mentionne les autres auteurs, et abonde dans le sens exprimé plus haut, mais prétend que le mot « *aestimatoria* » vient de ce qu'elle contenait une estimation du juge. Nous avouons que, dans ce cas, nous ne comprenons plus du tout, malgré les efforts de Coviello, l'expression « *actio de aestimato proponitur* ».

apprend que sont considérées comme de bonne foi un certain nombre d'actions parmi lesquelles il range, comme nous l'avons vu précédemment (prolégomènes, § 2) l'action « *praescriptis verbis quae de aestimato proponitur* ». Énumération non limitative et qui s'applique également à toutes les actions *praescriptis verbis* (Justinien vise d'ailleurs également l'échange comme le démontre le fr. 12, pr. D. *de mortis causa donat* XXXIX, 6 (1). Mais il n'en reste pas moins que ce passage apporte une preuve certaine du caractère de bonne foi de l'action *praescriptis verbis* qui était donnée « de aestimato » dans le cas d'aestimatum. Et par voie de conséquence, ce caractère devait également appartenir à la convention.

Ainsi, cette convention rentrait dans la catégorie dite des contrats innommés (2), comme conséquence lui étaient applicables tous les principes spéciaux qui étaient pour eux en vigueur en droit romain. Notamment, comme il s'agit d'un contrat bilatéral (3), il exigeait, en tant que « *synallagma* », la mutualité des services et des obligations réciproques. Pour qu'il soit régulièrement sanctionné par l'action *praescriptis verbis*, il était nécessaire que l'une des parties ait exécuté sa prestation et que l'autre s'y refuse. Il faut en effet une « *causa* » (D. II, 14, *de Pactis* 7, § 2) à l'obligation.

Dan notre cas, il s'agit de la remise de la chose par son propriétaire au *circitor* qui essaiera de la vendre et la non restitution de la chose ou le non paiement de l'« *aestimatio* ».

Cette remise constituait-elle une *datio*, c'est-à-dire un transfert de propriété ? Certains auteurs prétendent que l'aestimatum ne rentrait pas dans la catégorie *dati ut des* ni *do est facias* (Girard, Manuel), qu'il rentrait au contraire dans la combinaison *facio ut des* (dans le cas où la chose estimée a été vendue) et dans la com-

(1) Voir sur la généralisation du caractère de bonne foi pour toutes les actions *praescriptis verbis* et l'erreur provoquée par le § 28, I, IV, 6, des Institutes, dans Coviello, *op. cit.*, p. 368, n. 2 ; Mainz, *op. cit.*, II, § 243, p. 337-38.

(2) Buckland seul, parmi les modernes, semble en douter (Buckland, *Aestimatum*, dans Mélanges Cornil, 1926, t. I, p. 140 et s.) et prétend que notre institution a eu une évolution plus distincte et plus ancienne.

(3) M. Fliniaux parle en effet, à son cours, de contrats dits innommés unilatéraux et cités comme tels : le *datio dotis causa* avec convention de restitution et le *precarium*.

binaison facio ut facias (dans le cas où la chose devait être restituée l'opération n'ayant pas réussi) (M. Fliniaux à son cours).

Coviello (*op cit*, p. 370) soutient, avec des romanistes antérieurs (1) qu'on peut considérer l'aestimatum comme une opération « do ut des ». Cette opinion s'harmonise mieux en effet avec les expressions du Digeste qui parlent en général d'une « *res aestimata vendenda datur* » comme nous l'avons vu (D. XIX 3, 1 pr. XIV, 4, 18, 5 ; XVII, 2.44 ; XIX, 5, 13 pr. ; XV, h. t. 1. 17).

Mais nous serons également d'accord avec Bertolini (2) et De Medio (3) pour admettre que le « dare » employé ici n'a pas son sens spécifique et étroit. Les juristes n'avaient probablement pas d'autre mot à leur disposition pour désigner la remise de la chose.

Il n'y aura donc pas à proprement parler transfert de propriété, ce qui serait d'ailleurs en contradiction, nous l'avons vu, avec l'intention des parties. Maintenant que l'aestimatum rentre dans l'une ou l'autre des quatre catégories habituelles, cela n'a aucune importance pour la suite de la discussion, comme le fait d'ailleurs remarquer prudemment Coviello.

D'aucuns ont cependant prétendu, troublés sans doute par les expressions « aestimatoria », « action de « aestimato », que ce contrat devait être considéré comme nommé (4). Mais il est clair, comme dit Coviello (5), soit qu'il n'ait pas eu un nom propre, soit qu'il en ait eu un, comme l'échange et le precarium, qu'il ne sera pas, de même que ces contrats n'étaient pas (et la controverse n'est pas agitée pour eux) ce que les romanistes ont l'habitude d'appeler un « contrat innommé ». En effet, les romains ne classèrent pas les contrats en nommés et « innommés » à cause du nom. Cette dernière expression ne se trouve pas dans les sources, mais vient seulement des interprètes (6). Pour les jurisconsultes romains, il

(1) Glossa Accursii ad. h. t. ; Keller, *Pandekten*, § 354 ; Gäschen, *Vorles, über das Gemeine Civilrecht*, II, § 492.

(2) Bertolini, *op. cit.*, p. 415.

(3) De Medio, *op. cit.*, p. 85 et s.

(4) Spekhun, *De contr. Aestim.*, etc...

(5) Coviello, *op. cit.*, p. 366.

(6) Coviello, *op. cit.*, p. 367. Cette terminologie a été suggérée aux interprètes par la combinaison de plusieurs textes :

1° Dans le D. XIX, 5, 1, Papien dit qu'il arrive quelquefois que « *cum proprium nomen invenire non possumus* » ;

s'agissait seulement de savoir si « *in alium contractum res non transeat* » (D. II de Pactis, 1. 7, § 1). Et c'est pourquoi ils firent une distinction entre les contrats que l'on pouvait rattacher à d'autres déjà connus et ceux où « *cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus* » (D. XIV, 5 s.) on était en présence de contrats non spécialement réglementés et où il y avait lieu toutefois, en raison du « *sunallagma* » qu'ils contenaient d'appliquer une sanction à l'opération : « *esse enim contractum, quod Aristo sunallagma dicit, unde nascitur actio* » (fin du § 1 de la loi 7 précitée).

De même, on ne saurait trouver un argument, pour exclure du cadre des contrats innommés le contrat estimatoire, du fait que dans le Digeste on traite de l'aestimatum dans un titre à part, le titre 3, alors que la théorie des contrats innommés est contenue dans le titre 5. En effet, ces deux titres font partie du même livre XIX, et ne sont séparés que par les textes sur l'échange, autre contrat innommé. Il n'y a rien d'étonnant à ce que les romains, gens pratiques, aient donné des exemples avant de conclure à la théorie. Mais cette doctrine n'est-elle pas rappelée d'une façon formelle, avant la décision, dans le titre 3 ? Nous l'avons vu :

« *Quotiens enim de nomine contractus alicujus ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari.* » D'autre part, pourquoi aurait-on accordé une action « *praescriptis verbis* » s'il ne s'agissait pas d'un contrat innommé ?

2° A la loi 2, Celse pose la règle que : « *cum deficiant vulgaria atque usitata actio nomina, praescriptis verbis agendum est* » ;

3° A la loi 3, Julien ajoute « *inquam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes juri civili proditae sunt* » ;

4° A la loi 4, Ulpien philosophe ainsi : « *Naturae enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula* » ;

5° Au D. II, 14, 7, 1, le même Ulpien déclare : « *quae pariunt actiones in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus* », par opposition à celles qui ne passent pas dans un autre contrat.

Elle est très ancienne et se trouve déjà dans les « *Basiliques* ». L'expression « *unonumon sunallagma* » se rencontre dans le papyrus grec n° 55 ligne 59 des *Publicazioni della Societo Italiana per la ricerca du Papirigreci e latini in Egitto*, I. Firenze, 1912, P. S. I., qui paraît être postérieur au Digeste. (M. Fliniaux à son cours).

§ 2. — TEXTES RELATIFS A L'« AESTIMATUM »

Une seule règle particulière à notre contrat est énoncée dans le « *sedes materiae* », au § 1 : « *aestimatio autem periculum facit eius qui suscipit* » et l'explication suit :

« *aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit* », révélant le caractère alternatif de l'*aestimatum*.

De très vives controverses se sont élevées entre les commentateurs au sujet de cette question des risques, et cela depuis les temps les plus reculés.

Non seulement les auteurs sont divisés sur le sens même à attribuer au passage cité, notamment à la signification du « *eius qui suscipit* » (dont on ne voit pas à première vue quel est le complément), mais encore ils s'efforcent à ce sujet de mettre Ulpien en contradiction avec lui-même et avec Paul, en invoquant d'autres textes du Digeste parlant de la répartition des risques entre l'accipiens et le tradens.

Nous nous efforcerons de trancher cette question dans le chapitre spécial que nous lui consacrerons. Mais, dès maintenant, cette question en soulève une autre : existait-il d'autres textes, au Digeste ou ailleurs, que le « *sedes materiae* » du titre XIX, 3, qui traitaient spécialement de la convention examinée, de l'*aestimatum* ?

En général, en effet, on a l'habitude de considérer comme se rapportant à l'« *aestimatum* » les textes suivants :

Paul, Sent. 2, 4, 4.

Inst. Just. 4, 6, 28.

Digeste : XII, 1, 4 pr.

— h. t. 11 pr.

— XIV, 4, 5, 18.

— XVII, 2, 44.

— h. t. 52, 7.

— XIX, 3, 1 et 2.

— XIX. 5, 13 pr.

— h. t. 17, 1.

Nous voilà devant une matière plus riche que le modeste titre « de Aestimatoria ». Et l'on comprend que devant ces textes divers,

provenant de sources différentes, les romanistes aient pu trouver matière à controverse devant les multiples contradictions qu'ils engendrent.

C'est un des mérites de Buckland (1) d'avoir su démontrer que la plupart de ces textes n'ont absolument rien à voir avec l'« *aestimatum* », sans recourir à de savantes hypothèses d'interpolations.

Comme dit fort bien cet auteur : « Une transaction dans laquelle un bien est donné pour la vente (*is handed over for sale*) à un prix fixé, auquel ces articles doivent être estimés pour ceux qui ne sont pas retournés peut prendre bien des formes et contenir bien des termes différents et particuliers. Elle peut être « *societas* » ou vente ou mandat, et tous (les contrats) qui peuvent également bien convenir au but de l'expression « *rem vendendam accipere* (dare) » qui apparaît dans de si nombreux textes » (1).

Et il pose comme principe que le point essentiel dans la transaction étant l'estimation, on a le droit de repousser tous les textes dans lesquels il n'y a pas « *aestimatio* ». C'est ainsi qu'il considère comme ne traitant pas de l'*aestimatum* : les lois D. XII 1. 4 pr. et h. t. 11 pr., D. XVII, 2. 52. 7 ; D. XVII, 2. 44 ; D. XIV, 4. 5. 18 ; D. XIX, 5. 13 pr.

Ce critérium nous semble assez exact et correspond à la définition que nous avons donnée de notre contrat. Cependant, nous ferons une réserve pour le cas du D. XIX, 5. 13 pr. Dans ce texte en effet, Buckland l'avoue lui-même, il y a insertion d'un prix minimum pour lequel la chose est donnée, étant entendu que l'accipiens bénéficiera du surplus qu'il en retirera : « *Si tibi rem vendendam certo pretio didissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes...* »

On se demande en effet ce que signifierait ce « *certum pretium* » au datif s'il s'entendait comme une limite fixée à l'accipiens, une sorte de « prix imposé », alors que celui-ci a au contraire le droit, d'après le texte lui-même, de faire un bénéfice comme il l'entendra, et qu'il gardera pour lui.

Ce prix certain n'est donc pas à proprement parler un prix minimum fixé par le tradens, mais bien une véritable estimation moyennant laquelle il abandonnera la chose. Et cela est si vrai

(1) Buckland, « *Aestimatum* », art. dans « *Mélanges Cornil* », 1926, t. I, p. 139 (1) et suiv.

(2) Buckland, *op. cit.*, p. 141 et s.

qu'un auteur italien, Betti, insère même le mot « aestimata » dans le contexte (1). Ceci n'a d'ailleurs rien qui puisse surprendre puisque le passage incriminé fait partie du titre 5 qui traite des contrats innommés dont l'« aestimatum » est l'un des exemples (d'aucuns ont même prétendu qu'il en était le prototype). Buckland a donc tort de dire, un peu légèrement peut-être « qu'il ne semble pas qu'il y ait une justification de cela ».

Il resterait donc uniquement cinq textes parlant de l'aestimatum : P. Sent. 2. 4. 4 ; Inst. Just. 4 6. 28 ; D. 19. 3, passim ; D. 19. 5. 17. et, n'en déplaise à Buckland, D. 19. 5. 13 pr.

Cependant parmi ces cinq textes, Buckland en distingue deux, où, bien qu'il soit question d'une « res aestimata », il ne lui semble pas qu'ils aient de rapports avec notre contrat. C'est en effet une chose certaine que l'on trouve l'emploi de l'estimation dans d'autres cas que le nôtre où elle n'a pas la même signification (2). Ainsi : dans le D. XIX. 2. 3 quand le *conductor praedii* prend l'*instrumentum* sur évaluation, dans la dot, dans le commodat (D. XIII, 6. 5. 3), dans la société (D. XVII. 2. 52. 3). Dans tous ces cas, l'estimation a une influence sur la notion des risques ou du transfert de la propriété, mais elle n'a pas l'effet de celle de l'« aestimatum » qui donne en outre au contrat un caractère alternatif : « *aut igitur ipsam rem debibit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit.* » Le « *igitur* » indique bien qu'il s'agit d'une conséquence de l'estimation : (*aestimatio autem periculum facit ejus qui suscepit*) de la phrase précédente.

C'est pourquoi également, il y a lieu de ne pas prendre en considération le passage du D. XIX 5.17.1 qui établit l'attribution du risque à celui qui a pris l'initiative de la transaction, ainsi que celui de Paul, dans ses sentences (2.4.4.).

Dans ces deux textes en effet, il ne peut guère y avoir de caractère alternatif pour l'opération envisagée puisqu'il y est question d'un lien de dépendance entre les deux contractants (*Si quidem ego te rogavi* (3) et que notamment dans le dernier de ces textes,

(1) Betti, « *Valore dannatico della categoria contrahere* », p. 32.

(2) Dernburg, *Œuvres choisies*, p. 271 et s., cité par Buckland, p. 143 (5).

(3) La « *rogatio* » est une demande, quelquefois une prière, mais elle est aussi une loi. Elle s'accorde beaucoup mieux avec une obligation facultative qu'avec une obligation alternative qui laisse au débiteur l'entière liberté du choix.

on ne parle que de l'hypothèse de la vente et non de celle de la restitution.

D'ailleurs, ces deux textes sont en relations avec le commodat (surtout le Paul 2.4.4. qui est le sous-titre « de commodato et deposito prignore fiduciave), contrat qui n'offre guère de ressemblance avec le nôtre.

De toute façon, dans l'« aestimatum », il n'y a pas lieu de faire la distinction énoncée dans ces textes, car l'accipiens prend la chose estimée toujours dans son intérêt.

Nous reverrons d'ailleurs la question plus loin.

Donc, en principe, nous ne considérerons, jusqu'à plus ample informé, comme traitant de l'aestimatum, que les trois textes suivants :

— D. XIX 3.1 et 2 « *sedes materiae* » ;

— D. XIX 5.13 pr. qui le complète quant à la distinction avec la société ;

— Inst. Just. 4.6.28 qui le range parmi les contrats de bonne foi.

Ainsi nous aurons fini le bref rappel historique nécessaire sur le contrat estimatoire du droit romain, l'« aestimatum » des interprètes.

Il nous apparaît, tel qu'il se comporte à l'époque de Justinien, comme une institution autonome, bien que sanctionné par une action générale « *praescriptis verbis* », distinct d'un certain nombre de contrats voisins, ayant ses règles particulières et des applications assez fréquentes.

Nous allons voir ce qu'il a pu devenir en droit français à notre époque.

CHAPITRE II

Qu'est devenu le Contrat Estimatoire en droit Français?

§ I. — ANCIEN DROIT

C'est une grande énigme que de savoir ce qu'a pu devenir en France, au cours des siècles, cette institution créée par le Droit Romain.

Alors que de nombreuses monographies ont pu être écrites sur d'autres contrats comme la vente, le mandat, le louage, rien n'a été fait sur la question qui nous préoccupe.

On en est donc réduit à des hypothèses. Nous avouons d'ailleurs que visant surtout l'étude de cette convention en droit moderne, nous ne nous attarderons pas beaucoup à ce problème, qui, par ailleurs, ne doit pas être d'une importance considérable. En effet, si certaines institutions juridiques ont subi des transformations et parfois une lente évolution dans l'ancien droit, il ne doit pas en être de même pour le contrat estimatoire.

Tout permet de croire qu'en France du moins, sa notion n'a pas été altérée jusqu'au Code Civil. En voici les raisons plausibles : Aucune institution de notre droit coutumier ne lui peut être comparée, aucune absorption ne paraît avoir été réalisée. Le « contrat de commande » même, mentionné par Thaller dans sa monographie (1) se rattache plutôt, comme il le fait d'ailleurs remarquer, à l'idée de mandat, bien qu'il ait compris alors les clauses les plus disparates (2). D'ailleurs, il a donné naissance à des conventions qui

(1) Thaller, *op. cit.*, p. 5.

(2) Voir à ce sujet : *Universalgeschichte des Handelsrechts*, de Goldschmidt ; Huvelin, *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*, thèse, Paris, 1897 ;

diffèrent assez de la nôtre, comme la Société en commandite et le prêt à la grosse aventure. Il se rattache à la « commission » dont il serait l'ancêtre direct, s'il faut en croire Goldschmidt. Ainsi, rien n'empêcherait le contrat estimatoire d'être pratiqué à côté du contrat de commande, sans se confondre avec lui, tout en répondant à des besoins économiques à peu près semblables...

Qu'il ait été pratiqué, au Moyen-Age notamment, rien ne permet d'en douter. Les difficultés d'écoulement des marchandises étaient encore plus grandes qu'à notre époque. Sans parler des moyens de transports limités et lents, l'inaccessibilité des marchés régionaux aux étrangers (1) poussaient à s'en remettre aux soins d'un tiers connu sur la place pour vendre certains produits.

La nuance juridique existant entre le contrat de commande et le contrat estimatoire a-t-elle été toujours bien comprise et respectée par les contemporains ? Cela, nous ne saurions l'affirmer. Il est certain, qu'à une certaine période surtout, la terminologie employée, la diminution des connaissances techniques ont pu prêter à confusion. Mais, un grand point reste : les juristes de l'ancienne France n'avaient pas à recréer ; ils n'avaient nul besoin de se transformer en légistes pour trancher un point obscur, ou rechercher dans des coutumes contradictoires la solution du problème. S'ils avaient quelque doute sur la transaction envisagée, ils n'avaient besoin que de se reporter au droit romain.

En effet, vu l'absence d'institution correspondante dans le droit national, l'histoire du contrat estimatoire dans l'ancien droit français doit se confondre avec celle du droit romain. Nous trouverons d'ailleurs là une raison de plus de croire à la persistance de la notion antique.

Savigny, *Histoire du Droit romain au Moyen-Age*, trad. fr. Guénaux ; Flach, *Etudes Critiques sur l'histoire du Droit romain au Moyen-Age*.

(1) Delamarre et Le Poitvin, *Traité de Droit Commercial*, 2^e vol, avant-propos, p. 6, donnent comme origine à la commission, les restrictions que le Moyen-Age apportait, en dehors des lieux et des époques de foires, au commerce des étrangers. Ceux-ci étaient obligés de recourir au ministère d'un indigène qui devait traiter les contrats *comme s'il le faisait pour lui*. Pourquoi, en introduisant dans les rapports du facteur régional et du commerçant étranger, un caractère alternatif, et en enlevant l'idée de mandat, les gens du Moyen-Age n'auraient-ils pas pu aussi bien qu'autrefois et que maintenant faire un contrat estimatoire ?

La conquête romaine n'imposa pas d'emblée les institutions juridiques de l'Empire, à la Gaule. Elle respecta les coutumes locales. Cependant, en 438, le code Théodosien fut promulgué comme loi territoriale de la Gaule. Plus tard, lors des grandes invasions, l'œuvre originale fut remplacée par des extraits, quelquefois remaniés, pour les besoins des sujets romains des royaumes des Wisigoths et des Burgondes. Cependant dans le bréviaire d'Alaric, promulgué vers 506, parmi les jurisconsultes de la loi des citations il en est deux, Ulpien et Modestin, qui ne sont pas représentés du tout (1), ce qui tendrait à nous faire croire qu'à cette époque, la notion de contrat estimatoire, presque exclusivement traité par le premier des deux prudents, a dû s'obscurcir, peut-être disparaître. D'ailleurs, le bréviaire d'Alaric fut abrogé dès le vi^e siècle dans ce qui restait du royaume des Wisigoths, bien qu'il soit resté, dans toute la monarchie franque, pendant une longue période, l'expression officielle du droit romain. En outre, contre l'opinion de Fitting, qui croit à la continuité, Flach (2) estime que, du ix^e au xi^e siècle, il y eut un oubli total du droit romain. Quoi qu'il en soit, il est très plausible que le contrat estimatoire n'avait plus guère d'utilité dans une société assez rudimentaire où les échanges étaient restreints, et où les modes de transmission de la propriété auraient plutôt été un obstacle à notre opération.

La compilation de Justinien, dûment promulguée en Italie, pénétra sûrement dans la monarchie franque, mais elle ne se fit point recevoir dans la pratique (3). Elle n'acquies une véritable autorité que lors de la renaissance des études de droit romain, qui se produisit dans la seconde moitié du xi^e siècle et atteignit sa pleine floraison au xii^e siècle. Dans les pays de droit écrit, elle se fit recevoir comme loi véritable, écrite et impérative, formant le droit commun et général. Enfin, à partir du xiv^e siècle, d'un bout de la France à l'autre, certaines branches du droit privé furent régies exclusivement par les principes des lois romaines. Il en était ainsi en particulier des contrats et obligations (4). M. Chénon, à son

(1) Esmein, *Cours Élémentaire d'Histoire du Droit Français*, Sirey, 1919, 12^e éd., p. 119.

(2) Flach (Jacques), *Le Droit Romain dans les Chartres du ix^e au xi^e siècle en France*, Montpellier, in-8°.

(3) Esmein, *op. cit.*, p. 120.

(4) Esmein, *op. cit.*, p. 721.

cours, mentionne d'ailleurs à cette époque, et pendant toute la période monarchique, le droit romain, parmi les sources législatives (1). Au XVIII^e siècle, Domat, dans sa préface de ses « Lois Civiles dans leur ordre naturel », note toute l'importance du Droit Romain dans l'ancienne France, où il était constamment cité devant les tribunaux (2). Au XVIII^e siècle, Pothier donne ses « *Pandectæ Justinianæ in novum ordinem digestæ* », publiées en 1748. Il ne faut pas oublier que ces deux auteurs ont été utilisés par les auteurs du Code Civil, et dans les travaux préparatoires on en trouve de fréquentes citations.

La renaissance des études de droit romain, et ses applications pratiques correspondent à des époques où le commerce renaît et où le commerce lointain surtout, prend un grand développement. Or, notre institution, sans être exclusivement commerciale, est cependant essentiellement destinée à faciliter les transactions. Rien d'étonnant par conséquent à ce qu'elle ait fait une réapparition, en même temps que sa réglementation antique était de nouveau reçue dans la pratique juridique.

Cependant, aucun écrit spécial ne lui a été consacré par nos jurisconsultes. Il en était différemment en Allemagne où le Droit romain, reçu au XIV^e siècle, et utilisé comme droit commun, a fourni à la doctrine une matière idoine à tout un travail d'adaptation et d'interprétation. Nombreux sont, en effet, les auteurs allemands qui, au XVIII^e siècle notamment, ont traité de la question. Nous citerons entre autres Böhmer, Splithusius, Spekhum qui ont eu le plus d'influence (3).

(1) Chénou (Emile), *Programme du Cours d'histoire du Droit français*, Paris, Larose, 1907.

(2) Domat, *Les Lois Civiles, dans leur ordre naturel*. Editions Paris, 1713, Préface.

(3) Une bibliographie assez complète est fournie à ce sujet par Coviello, *op. cit.*, qui mentionne, en tête de son article, suivant l'ordre chronologique, parmi les anciens auteurs :

BRÜCKNER, de contractu aestimatorio (Iéna, 1710).

SPLITHUSIUS (Iv. Fred), de Contr. Aestim. (Iéna, 1710).

SCHWENDENDORFF, de Contr. Aestim.

BÖHMER, de translatione dominii in contractu aestimatorio (dans « Exercitationes in Pandectis », ex. L. IV, vol. 3 (Gottingae, 1748).

FLÖRKE, diss. de contr. aestimatorio tanquam contr. Nominato (Italae, 1756).

STUHLMANN, de dominio in contr. aestimatorio ante solutionem praei in accipientum non translato (Gottingae, 1770).

Chez nous, les auteurs se sont contentés de donner des commentaires du titre du Digeste sur l'aestimatum, en le rattachant à la théorie générale des contrats innommés.

Pothier cependant donne à notre contrat un caractère plus particulier, et il n'est pas sans intérêt, croyons-nous, de montrer quelles étaient les idées du dernier jurisconsulte de l'ancienne France qui a traité de la question avant la codification, et dont les idées ont si souvent inspiré les travaux préparatoires.

§ 2. — LES IDÉES DE POTHIER

Tout d'abord, observons que Pothier classe le titre « de l'action estimatoire » comme dans le Digeste, c'est-à-dire avant l'échange et celui concernant les contrats innommés dont il ne parle d'ailleurs pas une seule fois dans le texte (1).

Cela ce conçoit d'ailleurs, car, au § II, après avoir énuméré comme au D. XIX, 3, les actions que les Prudents avaient successivement envisagées, il conclut, en disant que « l'on a préféré celle de l'estimation, parce que toutes les fois qu'il y a doute sur le nom de l'action à donner, et qu'il faut donner une action, il est convenu de donner l'action estimatoire, ou dérivant des termes de la convention ». Ainsi Pothier semble reproduire l'erreur d'un certain nombre de jurisconsultes qui ont cru que les contrats dits innommés étaient sanctionnés indistinctement par une action « *praescriptis verbis aestimatoria* » (et encore ne reproduit-il même pas la qualification « *praescriptis verbis* »). Il ajoute toutefois en note, sous le mot « *aestimatoriam* » : « *Hanc vocem perperam ab aliquo glossatore additam recte censent Hotomanus et alii Doctores. Haec enim regula de actione praescriptis verbis in genere, non specialiter de aestimatoria vere est.* »

MÜLLER, *Vindiciae contr. aestimat. secundum eos qui in nominatorum numerum adserunt tentatae* (Lepzig, 1778).

RICCIUS, *de mercibus in commissionem mercatori ad vendendum datis* (dans « *Exercitationes jur. camb.* XI).

MICHAELIS, *de mercatura procuratoria* (Tubingae, 1829).

(1) Pothier, *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre*, traduites par M. de Bréard de Neuville (revues par M. Moreau de Montalin), Paris, Donday-Dupré, 1818-1824, 26 vol. in-8°.

En effet, Pothier comprend bien qu'il s'agit là d'une règle générale, qui s'applique aux actions *praescriptis verbis*, en raison de leur but, mais non uniquement à l'action estimatoire, et c'est pourquoi il voit là une interprétation.

Pothier croyait, à l'encontre de Cujas (1) et de Gluck (2), qu'il y avait une action spéciale sanctionnant notre contrat. Il en parle à différentes reprises comme étant celle qui « naît des termes de la convention », et la considère, comme l'indiquent ces termes et la citation de la loi 13 pr. D. XIX de *praescrip. verb.* 5, comme une action « *in factum* ».

Cependant, par une contradiction assez frappante, Pothier admet que cette action *in factum* est de bonne foi, et sanctionne une « négociation civile et de bonne foi ».

C'est la formule « action civilis *in factum* », invention byzantine qui a été reprise par Accarias, et toute l'école traditionnelle, et qui est si vivement critiquée à l'heure actuelle.

Quoi qu'il en soit, la spécialisation de l'action va de pair avec l'individualisation de la convention qu'elle sanctionne.

Et cela apparaît dès les premiers mots du chapitre : « I. C'est avec raison qu'on a placé à la suite des titres de la vente et de la location, celui-ci dans lequel on traite d'une nouvelle espèce qui a une grande affinité avec ceux dont on vient de parler. »

Ainsi, il ressort de ce préambule que Pothier ne rattachait pas le contrat estimatoire à la théorie générale des contrats dits innommés. Le mot (nouvelle espèce de) contrat au singulier l'indique nettement : contrat eut été au pluriel si Pothier avait pensé à une catégorie de contrats toute entière.

D'autre part, il fait remarquer que ce contrat a une grande affinité avec la vente et la location, ce qui n'est d'ailleurs pas le propre de tous les contrats.

Or, plus loin, si Pothier voit assez bien la différence avec la vente, en raison de la possibilité de restitution (note 2), il reprend pour le mandat la différenciation romaine où par essence il était gratuit (note 4).

Il en résulte qu'élaguées les considérations sur la procédure et la nature des actions, spéciales au droit romain, les juristes qui s'ins-

(1) *Paratitla*, in lib. L. Dig. (vol. 1, éd. Nap., col. 773).

(2) *Op. cit.*, vol. XVIII, § 1065.

pirèrent largement de Pothier pour la rédaction du Code Civil, ne pouvaient penser que deux choses :

Ou bien le contrat estimatoire est un contrat de nature particulière qui le distingue de tous les autres et qu'il y a lieu de régler spécialement comme l'a déjà fait le Digeste (on fit ainsi pour l'échange).

Ou bien, comme semblait les y inviter le préambule de Pothier, pouvaient-ils faire rentrer ce contrat dans l'un de ceux mentionnés. Or, parmi les contrats voisins que le Digeste avait écartés, il y en avait un pour lequel l'objection antique, reprise par Pothier, tombait : le mandat. Puis le mandat n'était plus gratuit de son essence, pourquoi ne pas considérer que l'opération de « vendendum dare » envisagée n'était pas un pur et simple mandat ?

§ 3. — LE CODE CIVIL

Ainsi, on comprend plus aisément le silence des rédacteurs du Code Civil sur la question. Pothier leur avait tracé le chemin. Ils n'avaient, dans leur désir de simplification, qui s'est manifesté à diverses reprises, qu'à supprimer purement et simplement une distinction, une particularité qui pouvait leur sembler désuète. Ils ont donc pu adopter la deuxième solution. Le code, en effet, ne parle nulle part, même sous une forme détournée, de notre convention.

Mais ce silence resterait néanmoins encore étrange, on comprendrait difficilement qu'il n'y eut même pas l'ombre d'une discussion à ce sujet dans les travaux préparatoires, s'il n'y avait une autre raison à cela.

Les rédacteurs du Code Civil ne se sont pas inspirés que de Pothier. Ils ont également puisé dans Domat.

Son œuvre, tout en vantant les mérites du Droit Romain (1), est surtout un ouvrage pratique, de vulgarisation, en même temps que de synthèse. Il a donc pu écarter certains points qui lui semblaient de moindre importance et qui ne cadraient probablement pas avec ses théories générales.

(1) Domat (Jean), *Les Lois Civiles dans leur ordre naturel*. Paris, J.-B. Coignard, 1689-1694, 3 vol. in-4°.

Or, dans les « Lois Civiles », il range parmi les obligations peu connues et n'ayant point de nom propre celle où « une personne donne à quelqu'un une chose à vendre à un certain prix, avec cette clause qu'il retiendra pour lui ce qu'il pourra avoir de plus » (Livre I, p. 20, N° VII), ce qui est une allusion à notre contrat, quelque peu déformé.

D'autre part, Pothier ne parle de la question que dans un ouvrage spécial, uniquement consacré au droit romain. Il n'y fait aucune allusion dans ses œuvres françaises (1).

Il se peut donc également, en outre de l'hypothèse du rattachement à un contrat connu, que les rédacteurs de la codification aient considéré la matière comme de trop peu d'importance pour mériter une réglementation spéciale, à l'exemple de Domat.

Nous possédons, en effet, dans notre droit actuel, une théorie générale des obligations que ne connaissaient guère les romains. Cette théorie est concrétisée dans le titre troisième du Code Civil intitulé « Des contrats et des obligations conventionnelles en général », lequel contient notamment l'article 1107, aux termes duquel « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre... »

C'est ce que disait déjà Domat (1) : « Mais toutes les conventions, soit qu'elles aient ou n'aient point de nom, ont toujours leur effet et elles obligent à ce qui est convenu. »

Et c'est ce que confirme l'article 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

Ainsi, le principe de la liberté des conventions ou de l'autonomie de la volonté rendant obligatoire par lui-même tout contrat, même non prévu au Code, on peut facilement concevoir que ses auteurs aient pu se dispenser de traiter d'une convention qui tient si peu de place au Digeste et qui n'est pas examinée dans Domat leur inspirateur.

Tel n'est pas le sort cependant de tous les ex-contrats dits innommés du Droit Romain. Ainsi, l'échange est actuellement réglementé par les articles 1702 et suivants, la transaction par les articles 2044 et suivants, la donation avec charge par les articles 945, 953 et 954. Et cependant, ils ne tiennent guère plus de place dans l'œuvre

(1) Domat, *op. cit.*, liv. I, p. 20, n° VII.

Justinienne, et ils ne sont pas plus fréquemment usités que notre convention.

On a donc quand même, s'il n'y a pas eu rattachement à un autre contrat (comme pour le précaire l'art. 1928 C. civ. (9°) prévoit le dépôt dans l'intérêt unique du dépositaire, art. 1930 C. civ. prévoit que le dépositaire peut se servir de la chose déposée avec l'assentiment exprès ou tacite du déposant), le sentiment d'une lacune.

§ 4. — LES CODES ÉTRANGERS

Cette lacune, certains codes anciens de nations étrangères, de langue allemande, ne l'ont pas laissée se former. Nous savons que le Droit romain avait été longtemps le droit commun en Allemagne, depuis le xvi^e siècle. Nous avons vu également que plusieurs auteurs du xviii^e siècle avaient traité spécialement de notre question.

Ce travail d' « acclimatation » autant que d'exégèse, a produit ses fruits (1) dans trois codifications.

Le Code Civil du Royaume de Saxe (2) sous le titre : « Des actions en général », traite (1^{re} section, chap. XV) du « Troedelvertrag ». Il en donne d'ailleurs une définition assez satisfaisante, § 1.291 : « Le contrat estimatoire (nous avons traduit ainsi « Troedelvertrag » pour la commodité) est le contrat par lequel une personne remet à une autre pour la vendre une chose mobilière en en déterminant le prix et moyennant l'obligation prise par cette autre personne, soit de payer le prix, soit de restituer la chose. »

Il rappelle (art. 1291 in fine) que la propriété n'est pas transférée du fait de la livraison avec estimation et que le dépositaire ou « troedler » a droit, si cela a été spécifié, à une rétribution en plus de son bénéfice ordinaire (art. 1294 in fine).

Mais il s'écarte assez des notions romaines en posant la règle que le « troedler » ne répond que de sa faute et non de la perte par cas fortuit (§ 1292), sans même faire les distinctions que l'on a cru voir au Digeste. Il déclare même (§ 1294) que le « troedler » est

(1) Ce qui ne veut pas dire que les auteurs ont abandonné la question après la codification, loin de là ! La bibliographie mentionnée par Coviello montre amplement que la controverse ne s'est pas arrêtée.

(2) *Das Burgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*, 1876, Leipzig.

fondé à demander le remboursement des frais exposés pour la conservation de la chose jusqu'à la vente ou le retrait (ce qui nous rapproche du dépôt).

Quoi qu'il en soit, ce code a le mérite de donner une physionomie particulière à notre contrat.

Il n'en est pas tout à fait de même dans les deux autres codes de langue allemande.

Le Code Général pour les Etats Prussiens, le plus ancien des trois (1), appelé également Code Frédéric dans sa version originale (2), traite de ce qu'il appelle : « le contrat de revente », sous le titre XI (Des titres d'acquisition de propriété qui sont fondés sur des contrats entre vifs), section V de la 1^{re} Partie du tome 1^{er}. C'est celui qui s'est le plus étendu sur la matière. Il y consacre seize articles : des art. 511 à 526. Il assimile notre contrat à une vente sous condition suspensive, art. 513 : « Le terme expiré, la propriété de la chose passe de suite à celui qui l'a reçue », bien que sa définition ressemble plutôt à celle de la commission pour vendre : art. 511 « Lorsque quelqu'un livre la chose à un autre pour la vendre à un prix déterminé, sous condition de lui remettre la chose même ou le prix dans un terme convenu, cela s'appelle « contrat de revente. »

La différenciation qu'il fait de ce contrat avec celui de commission est parfois assez étrange. D'après lui, il y a commission et non revente, quand :

1° il n'y a pas époque fixe de paiement ou de restitution (art. 522) ;

2° il n'y a pas eu fixation du prix (art. 523) ;

3° il a été accordé à celui qui reçoit la chose un bénéfice certain ou une rétribution quelconque sur la vente dont il s'est chargé (art. 524) ;

4° c'est une chose immobilière qui est l'objet du contrat (525).

Les conséquences de ce caractère de vente sous condition suspensive sont relevées assez correctement dans plusieurs articles.

(1) *Code Général pour les Etats Prussiens*, traduit par les membres du bureau de législation étrangère et publié par ordre du Ministre de la Justice. Paris, Imprimerie de la République an IX (5 vol.).

(2) *Code Frédéric ou Corps de Droit pour la Prusse*, traduit de l'allemand par A. A. de C. S. I. (Samuel de Cocceji), 1751 (2 vol.).

Au sujet des risques, la perte et les détériorations survenues sans faute grave ou médiocre de celui qui reçoit la chose est pour le précédent détenteur (art. 516).

De même pour la question de la faillite, le « précédent détenteur » conservant la propriété de la chose avant l'arrivée du terme, a le droit de la revendiquer tant qu'elle se trouve dans les biens du « commun débiteur » (art. 520 et 521).

Mais pour les fruits, il y a une différence qui provient du fait que l'acquéreur sous condition suspensive est détenteur de la chose. On lui applique les règles qui bénéficient au possesseur de bonne foi :

Art. 519 : « Mais durant sa *possession*, il profite de tous les avantages et fruits que la chose peut produire, autres que les accroissements naturels, si l'on n'en est autrement convenu. »

Ainsi, pour le Code Prussien, la question est tranchée dans le sens du rattachement à un contrat nommé.

Cela est encore plus net dans le Code Civil Autrichien qui range notre convention directement dans le chapitre relatif à la vente (chap. XXIV) sous les articles 1086, 1087 et 1088. Cependant, par une erreur de terminologie sans doute, celui qui reçoit la chose est qualifié de « commissionnaire » et l'autre partie de « commettant ». On applique d'ailleurs, dans l'article 1087, les règles du mandat quant à la faute et aux frais faits par le recevant. Cependant, l'article 1088 déclare que, lorsque la chose est immobilière, ou bien que le prix ou le délai de paiement n'ont pas été fixés, ledit commettant est considéré comme « fondé de pouvoirs », c'est-à-dire mandataire, ce qui tendrait à faire croire qu'il ne l'est pas dans les conditions ordinaires du contrat.

Il est à remarquer que, dans tous ces codes, l'opération n'a le caractère qu'on lui implique que lorsqu'elle porte sur des choses mobilières. Autrement, on la rattache généralement au mandat.

Mais cette heureuse initiative de réglementation des pays de langue allemande, heureuse malgré les erreurs contenues dans les textes, car il vaut mieux une mauvaise solution que de n'en pas avoir, ne s'est malheureusement pas perpétrée. Le Code Civil pour l'Em-

(1) *Code Civil Général de l'Empire d'Autriche*, trad. par A. Declercq dans *Collection des Lois Civiles et Criminelles des Etats Modernes*, publiée sous la direction de Victor Foucher, avocat général. Paris, Imprimerie Royale, 1836.

pire d'Allemagne, ne s'est pas préoccupé de régler la question. Mais à la différence du nôtre, ses travaux préparatoires nous en donnent les motifs (1). On aurait renoncé à régler le « Troedelvertrag » parce que l'on a cru préférable de laisser les parties libres dans chaque affaire particulière de faire prévaloir leur volonté et que ce contrat peut aussi bien être, selon les circonstances, un mandat, un louage ou une société. Cette abdication provient probablement des nombreuses controverses des auteurs allemands sur la nature de la convention, controverses si complexes et si peu claires parfois qu'elles ont incité les rédacteurs à passer la question sous silence. Comme on les comprend !

Cependant, cette méthode, comme le fait remarquer très justement Thaller (2) est de valeur discutable, elle crée l'incertitude.

Il est vrai que le syndicat des libraires allemands, dans son assemblée du 26 avril 1891, a arrêté un statut destiné à faire loi dans les rapports des éditeurs et de leurs dépositaires, et que la vente à condition y est l'objet d'une réglementation précise. Il est vrai également que quelques auteurs dont notamment Cosack (3) en traitant de la livraison « à condition », ont reproduit et commenté cette réglementation.

Mais il n'en reste pas moins vrai que rien ne vaut une codification pour fixer les esprits et que d'autre part, la réglementation privée ne peut viser qu'une corporation.

§ 5. — LA JURISPRUDENCE ET SES ERREMENTS

Pour nous Français, qui n'avons même pas une réglementation privée (4), la lacune est encore plus regrettable. Les conséquences de ce silence non motivé se voient particulièrement dans la jurisprudence. Celle-ci s'efforce de rattacher la convention, qu'elle analyse avec plus ou moins d'exactitude, à un des contrats connus.

(1) *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerliches Gesetzbuches für d. deutsche Reich.* B. 2°, S. 516.

(2) Thaller, *op. cit.*, p. 11.

(3) Cosack, *Traité de Droit Commercial* par C. Cosack, traduit sur la 6^e édition allemande (1903) par Léon Mis (préface de Thaller). Paris, V. Giard et E. Brière, 1904-05, 2 vol. in-8°, t. II. Editeurs et Libraires au détail, p. 294, n° 2.

(4) Les réponses aux questions par nous posées à divers syndicats sur ce sujet ont été négatives.

Mais elle hésite sur le choix de celui de ces contrats à qui elle peut confier le soin d'expliquer ses solutions. Ces décisions, généralement rendues en matière pénale, pour des cas où l'on a cru voir des délits d'escroquerie et d'abus de confiance, concluent d'habitude au mandat ou à la vente à condition. Il est évident qu'il ne peut y avoir délit que s'il y a mandat, puisque l'on ne peut être responsable pénalement de la non restitution ou du non paiement d'une chose que l'on a achetée, même conditionnellement. Quelquefois également, mais plus rarement, les décisions font allusion au contrat de dépôt.

Nous donnerons, à titre d'exemple, quelques solutions typiques.

Dans le répertoire pratique de législation Dalloz, notre convention est placée sous la rubrique « vente » (1). On n'en donne pas les raisons. On se contente d'une simple déclaration de principe :

« Sous l'apparence d'un contrat commercial de dépôt ou de commission, il peut y avoir en réalité une vente. Ainsi, le contrat par lequel un négociant remet à un tiers des marchandises facturées à un prix déterminé et à condition, c'est-à-dire avec faculté pour ce tiers de renvoyer les marchandises qu'il n'aurait pas vendues et avec obligation de payer le prix de celles qu'il vendra, constitue non un dépôt, ni un mandat, mais une vente, mettant les marchandises aux risques de l'acheteur et lui en transférant la propriété sous condition résolutoire. »

Et, en effet, une certaine partie de la jurisprudence, on peut dire la plus importante, a opté pour la vente.

Une des premières décisions dans ce sens est celle du 22 juin 1860 de la Cour de Cassation, rejet d'un pourvoi au criminel (D. P. 60.1.471).

Malheureusement, les motifs de cette décision ne sont pas assez explicites. On se contente de dire que la clause accompagnant une remise de marchandises d'après laquelle le recevant a la charge de les rendre ou d'en restituer le prix, implique, par cette dernière alternative, une véritable vente à condition, qu'elle est exclusive du contrat de dépôt. On ajoute que des faits, on ne peut induire non plus un contrat de mandat.

(1) *Répertoire pratique de législation Dalloz* XII. Volume . Vente, p. 646, n° 36.

C'est, on l'avouera, assez pauvrement motivé, car on ne voit pas notamment pourquoi ce caractère alternatif imprimé à la clause accompagnant la remise des marchandises aurait comme conséquence d'en faire une vente à condition plutôt qu'un autre contrat.

Il en est de même d'un arrêt de la Cour de Toulouse, du 9 juillet 1891 (D. P. 94.2.138) aux termes duquel « Il n'y a pas dépôt quand l'objet a été remis à charge de le restituer ou d'en restituer le prix ». Ce qui est exact. Mais qui ajoute : « Il n'y a pas mandat lorsque la convention a fixé définitivement le prix de l'objet livré et la commission que le prétendu mandataire aura le droit de retenir et lui a accordé la faculté de restituer cet objet, s'il ne trouve pas à le revendre. »

Comment voit-on une contradiction à la notion de mandat, du fait que le mandataire ne pourra pas vendre à un autre prix que celui fixé par son mandant et devra se contenter d'une rémunération prévue et limitée !

C'est tout le contraire. On pourrait avoir des doutes si le mandataire avait complète liberté de vendre à sa guise. Mais, dans le cas envisagé, du moins tel qu'il est présenté dans l'arrêt, il semble que l'accipiens est dans une complète dépendance de celui qui lui a remis l'objet, et la faculté de restituer ce dernier, s'il ne l'a pas vendu, n'est nullement en contradiction avec cette notion. C'est tout simplement un mandataire qui n'a pu, malgré ses efforts, et sans qu'il y ait eu faute de sa part, accomplir son mandat. Mais, malheureusement, pour l'assimilation complète au mandat, il manque l'obligation de rendre compte. On aurait pu penser au louage de services, puisque l'on invoque une rémunération fixe pour caractériser l'hypothèse du mandat. Mais l'arrêt ne le dit pas.

Dans un autre arrêt, de Toulouse également (Toulouse, 10 janvier 1906, D. P. 1906.5.72), c'est, au contraire, le défaut de prévision de rétribution, le caractère aléatoire du bénéfice, que l'on invoque contre le rattachement au mandat, « lequel, en matière commerciale ne peut être que salarié », y affirme-t-on.

Mais, si l'opération est une vente « à condition », sous quel genre de condition est-elle sensée avoir été conclue ? La plupart des décisions ne donnent pas cette précision qui évidemment a peu d'importance au point de vue pénal. Seul un arrêt de Douai, du 28 février 1905 (D. P. 1905.2.442) fixe à cette condition le caractère de « résolutoire », « mettant les marchandises aux risques de l'acheteur ».

Cette vente à condition d'ailleurs ne serait pas toujours la nature de notre transaction. S'il faut en croire un jugement du Tribunal correctionnel de la Seine, en date du 15 février 1898 (D. P. 98.2.88), elle ne présenterait tous les caractères d'une vente à condition que pour les marchandises invendues et restituables *in specie*. La nature d'une convention subordonnée à l'issue de l'opération, c'est une chose vraiment curieuse au point de vue juridique !

Nous verrons, d'ailleurs, que ces anomalies de la jurisprudence ont pour cause la difficulté qu'elle a éprouvée à rattacher à un quelconque des contrats spécialement réglementés du Code Civil une négociation qui a beaucoup de traits communs avec chacun de ces contrats, mais jamais la totalité de leurs caractères essentiels.

Un certain nombre de décisions rattachent, au contraire, l'opération envisagée à un mandat, et ces décisions sont contemporaines à celles qui affirment qu'il y a là une vente. Il n'y a donc pas eu en notre matière évolution de jurisprudence dont l'historique pourrait nous procurer des considérations peut-être utiles.

Le fond du litige est toujours le même, nous sommes encore en matière pénale. Cependant, nous trouverons, dans l'un de ces arrêts, une définition plus complète et plus exacte du « casus », qui montre bien sa nature spéciale.

La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation, par arrêt du 3 décembre 1892 (D. P. 93.1.265), a décidé que : « Le bijoutier qui, sous prétexte qu'il a à fournir plusieurs corbeilles de mariage, se fait remettre, par divers marchands, une certaine quantité d'objets d'orfèvrerie, en vue de choisir ceux qui pourraient convenir à sa clientèle, et en s'engageant à payer ceux qu'il garderait et à restituer les autres dans le plus bref délai, commet un abus de confiance par *violation de mandat* en détournant ces marchandises et en les revendant à un brocanteur moyennant un prix qu'il s'approprie frauduleusement. »

On ne voit pas bien pourquoi il y aurait là un mandat plutôt qu'une vente par exemple. D'autre part, il est difficile de concevoir qu'un mandataire, ou plus exactement un commissionnaire, ait le droit de choisir entre les marchandises qu'il a charge de vendre et de n'accepter sa prétendue mission que pour celles qui lui plaisent. Au contraire, ce droit de choisir et de restituer à sa guise convient parfaitement au contrat estimatoire, dont la description donnée par l'arrêt ne saurait faire de doute,

Un autre arrêt de cette catégorie a un intérêt encore plus considérable. C'est qu'il a été rendu sur le rapport du Conseiller Tanon, lequel est le seul à avoir agité la question à fond et, surtout, a eu le mérite d'avoir discuté la ressemblance avec l'aestimatum soulevée par le demandeur, et sa projection sur le droit moderne.

Dans cette espèce (Ch. crim. Cass., 18 novembre 1822, D. P. 1823.1.230) il y avait cette particularité que l'« accipiens » exerçait la profession habituelle de commissionnaire, donc de mandataire. C'est ce qui explique un peu le sens de la décision. Mais les considérations du Conseiller Tanon sont basées sur d'autres motifs.

Après avoir critiqué d'abord la solution adoptée par l'arrêt du 22 juin 1860 que nous avons mentionné dans la première catégorie, disant avec juste raison qu'elle est basée sur une appréciation arbitraire des juges du fait, il aborde le sujet. Mais il semble commettre la même erreur que cet arrêt, en invoquant une prétendue intention des parties, sans rechercher dans un développement suffisant des faits si elle est suffisamment contrôlée. D'après lui, il est constant que, des circonstances de la cause, il résulte que les marchandises avaient été remises au demandeur en vue d'un emploi déterminé et que, dans l'intention du grossiste, au moment de la remise, la propriété des marchandises n'était pas transférée, même conditionnellement au détaillant.

Pour juger sainement de la question, il faudrait voir, d'une façon plus approfondie, tous les éléments de la négociation, car le résumé qu'il en donne est nettement insuffisant. Nous reverrons d'ailleurs cette espèce dans les développements ultérieurs. Quoi qu'il en soit, il est, dès maintenant, intéressant de constater qu'après cette première partie de la discussion, le rapport fait état d'un argument du demandeur qui, pour échapper à l'assimilation au mandat, avait invoqué la « loi romaine ». Et, précisément, la solution évoquée est celle qui a trait à notre matière :

« Dans une hypothèse absolument identique, où un objet est remis à un tiers, lit-on dans le mémoire, avec désignation d'un certain prix pour le vendre, en convenant que le tiers gardera pour lui l'excédent du prix auquel il pourra vendre l'objet, sur le prix fixé lors de la remise, les lois romaines décident que l'opération ne saurait être qualifiée de mandat. » Le Conseiller Tanon a parfaitement reconnu là le « contrat estimatoire » auquel fait allusion le mémoire, et il a admis sans difficulté que cette convention était

semblable à celle qu'il étudiait. Il a même estimé qu'« Il n'est peut-être pas inutile, pour déterminer, du moins théoriquement, le caractère juridique de cette convention dans notre droit, de voir comment elle était appréciée en droit romain ». Mais suivant en cela l'exemple de Maynz par lui cité (1), il conclut que l'objection antique, qui avait repoussé le mandat parce que contrat gratuit, est disparue de nos jours, et que la convention envisagée « ressemble à l'opération que nous désignons aujourd'hui sous le nom de commission ». Nous voyons là que l'hypothèse que nous avons faite, lorsque nous nous demandions les raisons du silence du Code et des travaux préparatoires, n'était pas dénuée de fondement. On a très bien pu penser que le mandat n'étant plus gratuit de son essence, il n'y avait aucune difficulté à faire rentrer le contrat estimatoire dans le cadre de ce contrat, puisque cela semblait la seule objection que l'on ait faite jusque là à cette assimilation.

Mais il a fallu attendre jusqu'en 1882 pour avoir un écho de cette idée, et encore n'est-on pas absolument sûr que ce soit celle qui ait déterminé les rédacteurs du Code.

De cet examen rapide de jurisprudence, auquel nous venons de procéder, nous pouvons, en effet, tirer cette conséquence que la question reste entière (2). Aucune des solutions proposées ne nous semble définitive, nous n'avons pu percevoir aucune évolution, ni aucune fixation de la jurisprudence. Sur les mêmes matières, le même genre de fait envisagé, elle se contredit constamment. Les raisons qu'elle donne dans ses motifs d'un attachement à l'un des contrats envisagés n'étant pas d'une force probante suffisante, il nous reste donc à reprendre le problème tel que nous l'avions envisagé. Il ne peut y avoir maintenant que deux solutions : Ou bien notre convention a été absorbée par un des contrats qui sont spécialement réglementés par le Code Civil ou peut-être le Code de

(1) Maynz, *op. cit.*, t. II, p. 319.

(2) Nous laisserons de côté, pour le moment, un certain nombre de décisions où les cas d'espèce envisagés semblent se rattacher plus au mandat qu'au contrat estimatoire. Citons notamment : Cass. Cr., 28 avril 1898, D. P. 98.1.433 ; Douai, 19 février 1900, D. P. 1900.2.483 ; Commerce Seine, 2 novembre 1928, *Argus de l'Assurance*, n° 2.535 du 13 janvier 1929 ; Cass. req., 26 déc. 1922, S. 23.1.338. — De même, un cas de vente à monopole, cité par Planiol et Ripert, *Traité Pratique*, t. X, p. 5, n° 4 ; Trib. Com. Seine, 1^{er} décembre 1925, *Gaz. Pal.*, 4 mars 1926.

Nous verrons ces solutions, dans la partie critique, d'une façon approfondie.

Commerce, et nous nous efforcerons d'en donner des raisons plausibles ;

Ou bien cette convention a une nature propre, qui la distingue nettement de tous les contrats reconnus par la loi, et nous sommes obligés de conclure que nous sommes en présence d'un contrat innommé régi par les règles générales posées par le Code dans son titre troisième.

Mais, avant d'aborder cet important problème, il nous a paru nécessaire de rechercher s'il peut encore y avoir des contrats innommés dans notre droit moderne. Ce sera le premier chapitre de notre exposé critique.

DEUXIEME PARTIE

Partie Critique

CHAPITRE I

Existe-t-il des Contrats Innommés en Droit Français ? L'article 1107 du Code Civil

Nous avons vu que, chez les Romains, l'expression « contrats innommés » n'était pas positivement employée pour distinguer certains contrats d'autres catégories, qu'elle ne se trouvait pas dans les sources, mais qu'elle avait été utilisée par les glossateurs pour distinguer de certains contrats nommés du droit civil, tels que la vente, le louage, etc...., ceux qui étaient sanctionnés par l'action *praescriptis verbis* (Partie historique, chap. I, p. 34 n. 6).

Cette distinction ne provenait donc pas de ce que certains contrats avaient un nom, tandis que d'autres n'en auraient pas eu.

Ainsi, l'échange, contrat très connu à Rome, sous le nom de *permutatio* n'en était pas moins un contrat dit innommé. Il appartenait à une catégorie de contrats non munis d'une action spéciale par l'ancien droit civil, mais sanctionnés à l'Epoque Justinienne et peut-être dès l'époque post-classique, par l'action générale *praescriptis verbis* qui était commune à tous les contrats dits innommés. Cette distinction, ainsi envisagée dans la tradition historique, provient donc uniquement d'une différenciation particulière à la procédure romaine. En principe, tous les contrats devaient avoir une *causa civilis* pour être sanctionnés par une action adéquate prévue par la loi, le consentement n'ayant par lui-même aucune force obligatoire.

Il n'est donc pas étonnant que, sous cette forme, la distinction n'ait pas survécu dans le droit français. C'est pour nous, en effet, un principe capital que les conventions régulièrement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134 C. civ.). De

quelque manière que l'action soit qualifiée, si la prétention est bien fondée, elle sera ou devra être couronnée de succès. Loisel disait déjà : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles, et autant veut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain » (1). Et Domat (2) était encore plus formel et plus explicite quand il disait : « Il n'est pas nécessaire d'expliquer ici la différence que l'on faisait dans le droit romain entre les contrats qui avaient un nom et ceux qui n'en avaient point. Ces subtilités qui ne sont pas de notre usage, embarrasseraient inutilement. » Et plus loin : « Mais toutes les conventions, soit qu'elles aient ou qu'elles n'aient pas de nom, ont toujours leur effet, et elles obligent à ce qui est convenu. »

Les rédacteurs du Code ont suivi les idées de l'Ancien droit à cet égard. Cela ressort nettement des travaux préparatoires. Dans l'exposé des motifs de Bigot de Préameneu au Conseil d'Etat (3), au sujet du titre traitant des obligations en général, après un rappel de l'existence et de la signification des contrats innommés dans le Droit romain, on lit notamment ceci :

« Les causes qui ont introduit à Rome et qui y ont maintenu ces formules et ces distinctions n'existant point en France, les contrats n'ont été considérés dans ce dernier pays que sous les rapports qui naissent de leur nature et dès lors on a pu les diviser en un petit nombre de classes... Cette division, facile à saisir et qui renferme tous les genres de contrats, était nécessaire à placer à la tête de ce titre, pour faire connaître que le Code rejette ou regarde comme inutiles toutes les autres distinctions et divisions établies par les lois romaines, c'est à la fois un point de doctrine et de législation. »

Le Code aurait concrétisé cette pensée dans l'article 1107 du Code Civil ainsi conçu :

« Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre.

Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux, et les règles particulières aux transac-

(1) Loisel, *Inst. Cont.*, t. II, livre III, tit. I, règle 2.

(2) Domat, *Lois Civiles*, livre I, p. 20, n° VII.

(3) Loaré, *Législation Civile, Commerciale et Criminelle*, t. XII *Code Civil*, livre III, titre III, *Obligations en général*, p. 315-316.

tions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce.»

Cependant, cette rédaction, qui admet toujours l'existence de contrats n'ayant pas de dénomination particulière, n'a pas apaisé les controverses. Les auteurs continuent encore à parler de contrats innommés, mais pour d'autres considérations et sous une autre forme que celles qu'avaient en vue les commentateurs du Digeste (1). La classification ancienne, si elle n'existe plus chez nous, avec son caractère historique, n'en doit pas moins être reconnue avec un autre caractère que Demolombe (2) qualifie de philosophique. Envisagée sous d'autres rapports, c'est-à-dire quant aux effets possibles, quant à l'étendue des obligations, la différence n'est pas totalement effacée (3). En voici l'utilité pratique actuelle : A côté des contrats ayant fait l'objet d'une réglementation et d'une qualification légales, il peut y avoir d'autres rapports contractuels non spécialement prévus par les textes légaux. Les premiers, dits contrats nommés, sont régis par des règles qui leur sont propres, de préférence aux règles générales. C'est seulement à défaut de règles particulières, dans le titre spécial qui leur est consacré, qu'il y a lieu de recourir aux règles communes, que le Code a édictées pour les *obligations conventionnelles en général*. Les seconds, dits contrats innommés, dont les Codes ni les textes législatifs ne se sont préoccupés particulièrement, sont soumis au contraire uniquement aux principes généraux posés par le titre III du Code Civil (4) au Livre III.

C'est au fond ce que dit l'article 1107 précité. Mais la terminologie employée n'est pas très exacte. Car, comme le fait remarquer Demogue (5), le contrat de révélation de succession par exemple, celui d'assurance terrestre (qui n'a été réglementé que partiellement

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 341, p. 473-4 ; Larombière, t. I, *Sur l'art.* 1107, n° 1 ; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, n°s 28 et 29 ; Laurent, t. XV, n° 443 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 26.

(2) Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, n° 24, § 29.

(3) Duranton, t. X, n° 92.

(4) Demolombe, *op. cit.*, § 29.

(5) Demogue, *Traité des Obligations*, t. II, n° 917. — Nous ne sommes pas d'accord quand il dit que l'article 1107 oppose les contrats nommés aux contrats innommés. Il semble au contraire les ramener tous aux mêmes règles communes, « soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas ». Le Code ne fait une distinction que pour les « règles particulières à certains contrats » sans spécifier qu'ils aient ou non une dénomination plus que les autres.

par le décret du 8 mars 1922) sont considérés comme innommés bien qu'ayant un nom spécial. Il vaut donc mieux parler à leur sujet de contrats « non spécialement réglementés », par opposition à ceux dont les règles particulières ont été établies par des textes, en sus des principes généraux qui gouvernent les conventions.

Cependant, on doit reconnaître que l'expression est commode pour signifier que l'on se trouve en présence d'une espèce de contrats nouveaux ou anciens, qui ne rentre pas exactement dans aucune des catégories précédemment reconnues et classées.

Elle a été vivement critiquée par M. Planiol (1) qui rappelle avec juste raison que la reconnaissance des contrats nouveaux dits « innommés » était simplement une nouvelle manière de s'obliger, et non la création de nouvelles variétés concrètes de contrats. « On suppléait par là, dit-il, à l'insuffisance des procédés obligatoires du droit romain ; on dispensait les parties d'employer la stipulation dans des cas autres que ceux des quatre contrats consensuels et des quatre contrats réels ».

Or, avec notre système moderne des contrats, l'échange des consentements étant obligatoire par lui-même, « il le devient donc bien avant l'accomplissement de la prestation qui, dans la loi romaine donnait naissance à l'action *praescriptis verbis*. Il en résulte que c'est créer une confusion inévitable que dire que les contrats nouveaux qui se rencontrent dans le droit civil sont des contrats innommés. Ce sont des espèces nouvelles de contrats, et non pas une nouvelle manière de s'obliger. Et le savant auteur de conclure que « nous n'avons plus besoin de contrats innommés et que nous ne pouvons même plus en faire ».

Cette conclusion a été combattue par certains auteurs (2).

D'après M. Geny, en présence du principe de liberté ou d'autonomie des volontés privées, tel que le consacre notre droit moderne, on ne peut sérieusement nier ou méconnaître que les libres accords des particuliers constituent, à leur guise, des contrats aux contours infiniment, voire même indéfiniment variés. On ne saurait en conséquence leur refuser, ni de créer des contrats de types nou-

(1) Planiol, *Classification Synthétique des Contrats*, dans *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, octobre 1904, p. 470.

(2) François Geny, *Science et Technique en droit privé positif* (1921, *Recueil Siray*), t. III, *Elaboration technique du droit positif*, p. 140 et s. ; E. Gonnnot.

veaux, qu'on peut appeler contrats *sui generis*, ou même contrats innommés, dans un autre sens que celui employé jusqu'ici, ni de modifier comme ils l'entendent les règles normales des contrats prévus et organisés par la loi (1).

Cependant, cet auteur admet une restriction : ces contrats ne jouiraient d'une valeur et d'une efficacité juridiques que dans les lignes catégoriques, restrictives ou régulatrices de l'autonomie des volontés, provenant tant de la théorie du contrat en général (Titre III, Livre III C. Civil) que des règles spéciales aux contrats particuliers. Ces règles qui circonscrivent toute convention, soit pour son contenu, soit pour ses effets, sont tantôt impératives, tantôt simplement interprétatives et peuvent être dans ce dernier cas valablement écartées par une volonté contraire. Il existe également des règles proprement dispositives exprimant également la façon dont la loi entend le contrat et que l'on peut apprécier (2).

Au fond, la théorie de M. Geny ne semble pas étrange, ni aussi nettement opposée à celle de M. Planiol qu'on pourrait le croire. Elle n'est pas contraire aux principes juridiques. On ne voit pas pourquoi on ne l'admettrait pas. Le tout est de s'entendre sur les termes : « nouvelle manière de s'obliger » et : « contrat *sui generis*. » Du moment que les parties restent dans le cadre des lois, on ne peut leur refuser de créer des contrats nouveaux ou même de « récréer » des contrats anciens « *sui generis* ». Mais toute la difficulté sera justement de discerner les traits propres, et spécifiques de telle ou telle clause, concrètement stipulée pour apprécier si elle rentre dans le cadre légal.

Quoi qu'il en soit, il est certain qu'il existe des contrats non spécialement réglementés, que certains appellent encore improprement « innommés », et dont la nature peut donner lieu à discussion. La jurisprudence en fournit certains exemples. Notamment, il a été jugé : (Lyon, 26 mars 1891 ; S. 92.2.289, D. 91.2.201).

« Que la cession faite par une société houillère à un groupe « d'ouvriers mineurs d'une partie de ses concessions ne saurait être

(1) *Contra* : Esmein, note sous Trib. Com. Seine, 4 juin 1896, Sirey 99.2, p. 217, col. 2-3 ; L. Guillaouard, *Du contrat de mandat*, n° 166.

(2) Sur cette distinction : v. g. Fr. Geny. *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*. Paris, 1899, p. 526, texte et note 1, 2^e éd. 1919, t. II, p. 153, texte et note. — Sur le principe : Note sous Cass., Ch réunies, 2 juillet 1903 (*Pandectes françaises périodiques* 1903, I, p. 502-503, § III).

« considérée comme une donation, ni par suite être assujettie aux
« formes des donations, si la Société n'a eu aucune intention de
« libéralité, et si elle a été uniquement déterminée à cette ces-
« sion par la considération que l'exploitation était devenue pour
« elle improductive et onéreuse, et que l'abandon de l'exploitation
« pouvait entraîner pour la Société la déchéance de la concession.
« Mais cette cession faite sous la condition par les cessionnaires de
« reprendre l'exploitation de la concession constitue un *contrat*
« *innommé*, le contrat *do ut facias*, qui n'a besoin d'être entouré
« d'aucune forme spéciale pour lier les parties contractantes ».

De même Paris, 7 mai 1908 (D. P. 1910.2.337) : « Que le prin-
cipe de la liberté du commerce et de l'industrie n'interdit pas aux
fabricants ou détenteurs d'une même marchandise de mettre en
commun leurs efforts, leur intelligence et leurs connaissances, dans
le but de réduire leurs frais généraux et d'éviter la ruine de leur
industrie. Est donc licite la convention pour laquelle un certain
nombre de producteurs d'une même marchandise, en vue de met-
tre fin à une crise d'avilissement des prix, ont choisi un représen-
tant unique pour deux départements, lequel est chargé de répartir
les commandes entre les co-contractants suivant un pourcentage
convenu, et ont stipulé une clause pénale en cas d'inexécution de
la convention par l'un des signataires. Les ententes de cette nature
ne constituent *ni des sociétés ni des associations*. Mais les engage-
ments qu'elles contiennent n'en sont pas moins valables et obli-
gatoires pour les contractants. » Et en note, on souligne qu'il s'agit
bien là d'un « *contrat innommé régi par les principes du droit*
commun ».

De même pour le contrat dit de « révélation de succession », qui
a donné lieu à de nombreuses décisions (1) et qui est reconnu
comme un contrat « *sui generis* », « valable en lui-même, s'il est
conforme aux règles ordinaires du droit sur la validité des conven-
tions, ne pouvant être modifié par la justice en aucune de ses
parties ».

(1) Turin, 29 déc. 1880 (D. P. 81.2.245, note et autorités citées) ; Paris, 12 août
1880 et Dijon, 21 juillet 1880 (D. P. 82.2.115 et 116) ; Liège, 12 juillet 1893
(D. P. 94.2.381) ; Liège, 12 juillet 1892 (D. P. 95.2.4) ; Trib. civ. Montauban,
17 mars 1894 (S. 94.2.150 et D. P. 1892.2.150) ; Paris, 12 mars 1894 (D. P. 94.2.484,
S. 94.2.193).

Et l'on pourrait en citer bien d'autres exemples, soit que ces contrats aient une dénomination propre, comme les contrats d'édition, de représentation théâtrale, de déménagement, etc..., soit qu'ils n'en aient pas et constituent alors « *stricto sensu* » des contrats véritablement innommés (1).

Ces contrats, en dehors des clauses particulières que les parties y auront insérées et qui ne seront pas contraires aux principes juridiques impératifs, seront donc régis par les règles générales énoncées au Titre III du Livre III du Code Civil. Ces règles communes sont-elles les seules à s'appliquer aux contrats non spécialement réglementés. On a émis l'opinion que l'on pouvait également leur appliquer certaines règles des contrats avec lesquels ils peuvent présenter plus ou moins de similitude. Mais ces dispositions particulières ne peuvent s'appliquer que par analogie, lorsque le contrat dit innommé présente avec le contrat réglementé spécialement un trait commun décisif sur le point ayant motivé les règles dont il s'agit (2). Mais cette opération est très délicate et il faut se garder soigneusement de toute confusion.

Il faut se garder également de faire rentrer dans la notion des contrats non spécialement réglementés, celle du groupement de contrats. Une convention peut, en effet, être un groupement de plusieurs contrats, dont chacun est régi par des textes particuliers. M. Planiol a parfaitement analysé ce que l'on pourrait appeler la théorie des contrats mixtes (3). Les différents contrats réglementés par la loi ne forment pas en effet des variétés absolument séparées et impénétrables les unes par les autres, il peut s'établir entre elles des mélanges. A côté des contrats simples, comme la vente, la donation, l'échange, le louage, le prêt, il peut y avoir des combinaisons dans lesquelles les éléments primordiaux de plusieurs de ces contrats distincts se mélangent pour former des contrats mixtes.

(1) Ainsi : Colmar, 23 juin 1857 (D. 58.2.44) ; Req., 4 juin 1835, J. G. Obligations 80 ; Cass., Belgique. 12 juillet 1893 (D. 96.2.4) ; Civ. rejet, 25 juin 1907 (S. 1908.1.83, note Demogue) ; Amiens, 2 nov. 1920 (S. 1922.2.72).

(2) Colmet de Santerre, t. V, n° 12, *Code Civil annoté Dalloz*, sous art. 1107.2.1 ; Aubry et Rau, t. V, § 341, p. 474 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 20 ; Demogue, t. II, n° 917 ; Planiol et Ripert, *Traité Pratique*, t. VI, 1^{re} partie, n° 42 ; François Geny, *op. cit.*, t. III, p. 142.

(3) Planiol, 6^e éd. du *Traité Élémentaire*, t. II, 1902 ; Dissertation sous Cass. civ., 18 oct. 1911 (D. P. 1912.1.113, notes 3 et 4).

Ces combinaisons sont de deux sortes : il peut y avoir unité d'objet, mais pluralité d'opérations, ou bien pluralité d'objets ou objets multiples. M. Planiol a donné un exemple typique de cette seconde catégorie en analysant le contrat d'hôtellerie qui comporte : un louage de choses pour la chambre garnie, un dépôt pour les bagages, une vente pour la fourniture des aliments, un louage de services pour le personnel.

Cette théorie des contrats mixtes a été invoquée pour le contrat estimatoire. Mais nous pouvons, dès maintenant, faire remarquer que, si le contrat estimatoire ne peut être rattaché spécifiquement à aucun des contrats spécifiquement réglementés, par aucun des éléments, il nous semble aussi difficile de voir dans la combinaison de ces éléments la réunion de plusieurs contrats.

Un contrat « *sui generis* » au contraire est un contrat simple, homogène, ne comportant qu'un nombre limité d'éléments primordiaux, tous rattachés à la même idée centrale, tendus vers le but unique de l'opération.

Nous aurons donc à examiner préalablement si le contrat estimatoire correspond à cette notion, en essayant de dégager ses éléments essentiels, ou plus exactement caractéristiques.

Nous verrons ensuite si le contrat estimatoire peut, tel qu'il sera ainsi concrétisé, avoir un caractère propre, qui le distingue de tous les autres contrats particuliers spécialement réglementés.

Et, s'il ne peut rentrer dans aucun des cadres proposés, nous aurons alors à en rechercher les règles et les effets, en nous inspirant des principes généraux du droit et au besoin des solutions du droit romain qui n'y sont pas contraires.

CHAPITRE II

La Remise de la Chose Les Contrats réels du Droit Moderne et le Contrat Estimatoire

§ I. — POSITION DU PROBLÈME

Le fait qui se présente le premier à notre examen est celui de la consignation d'une chose que le propriétaire de cette chose fait à une autre personne pour qu'elle la vende, et en donne un prix déterminé ou la restitue. Bertolini (1) tient la « remise pour vendre » comme un élément essentiel de notre contrat de même que De Medio (2) qui la réduit à la remise pure et simple. Une telle consignation serait un élément essentiel de telle sorte que le contrat ne puisse être dit parfait que seulement par son accomplissement (3). Qu'en droit romain, il en fut ainsi, personne n'en a jamais douté (4). Cela provenait de la nature même des contrats dits innommés. Une des conditions de formation de ces contrats, dépourvus de *causa civilis*, était que l'une des parties ait effectué sa prestation, laquelle de cette manière intervenait non *solvendi causa*, mais *contrahendi causa*. Si aucune prestation n'avait été effectuée, il n'y avait plus qu'un simple pacte non sanctionné,

(1) Bertolini, *op. cit.*, p. 411-412, n° 247.

(2) De Medio, *op. cit.*, p. 35 et s.

(3) Coviello, *op. cit.*, chap. IV, p. 372.

(4) Seul Titus, *Notae ad Lauterbach*, obs. 626, dit que le contrat estimatoire : « non perficitur traditione rei sed solo consensu ; traditio autem ad consumationem ac accipientem certo modo obligandum pertinet. »

l'action « *praescriptis verbis* » ne pouvait s'appliquer. C'est ce qui fait que les contrats innommés qui appartenaient aux catégories « *do ut des* » ou « *do ut facias* » se rapprochaient singulièrement des contrats réels où la remise de la chose était également un élément de formation du contrat (1) ; mais il n'en restait pas moins que, pour les catégories « *facio ut facias* » ou « *facio ut des* », la prestation préalable, bien que n'étant pas une « *dation* » était aussi essentielle.

En est-il encore de même dans notre droit actuel, où les contrats dits innommés n'ont plus la même signification ni le même mode de formation ?

La théorie moderne de la force obligatoire du seul consentement, « *solus consensus obligat* » n'a-t-elle pas aboli cette nécessité périmée, bien que le code admette encore quelques catégories de contrats réels. Ne doit-on pas plutôt faire des distinctions nécessaires entre les divers contrats non spécialement réglementés, suivant leur nature et les obligations qu'ils engendrent ? Il y a là un grave problème qui n'a guère été soulevé, sous cet angle du moins.

Du point de vue particulier qui nous intéresse, la discussion peut déjà revêtir une certaine importance, car elle est liée au problème général. Elle a d'ailleurs été largement ébauchée. Quelques auteurs, en effet, soutiennent que même dans notre droit actuel, le contrat estimatoire est réel (2), d'autres, au contraire, le nient par la raison qu'aujourd'hui, le seul consentement suffit à produire l'obligation et que le pacte nu n'est pas dépourvu d'action (3).

(1) Il est à remarquer cependant que le contrat d'échange qui était de la catégorie « *do ut des* » et qui est maintenant spécialement réglementé par notre code, n'a pas été considéré par ce dernier comme un contrat réel. Certains ont pu en voir la raison dans ce que l'obligation de restituer n'est pas de l'essence de ce contrat, et n'apparaît, au contraire, que dans sa résiliation, au cas où la chose donnée n'appartient pas au contractant (art. 1704 C. Civ.). Mais nous verrons que ceci n'est pas un argument et que la raison en est toute autre.

(2) Wendt, *op. et loc. cit.* ; Garcis, dans *Endemann's Handbuch*, vol. II, § 1259, n° 547.

(3) Kock, *Das Recht der Forderungen*, III, § 360 ; Merkel, *Trödelvertrag* (*op. cit.*) ; Unterholzner, *Schuldverhältnisse*, II, 488 ; Unger, *Real contracte in heut Rechte* (dans le *Jahrbücher de Ihering*, v. VIII) ; Chambon, *Beiträge*, p. 46.

Parmi ces derniers, Unger notamment, fait dépendre la réalité de quelques contrats d'une nécessité naturelle. La restitution, en effet, présuppose nécessairement la prestation, sans quoi elle ne peut se concevoir. De cette manière, il ne pourrait exister une obligation de restituer sans une prestation précédente. C'est pourquoi, selon Unger, partout où se trouve une obligation de restituer, il y a un contrat réel. Mais, toujours d'après cet auteur, l'impossibilité naturelle de l'obligation de restituer sans qu'il y ait prestation préalable n'existe que dans les cas où l'intérêt de l'opération sert exclusivement l'avantage de la partie qui reçoit la chose. Personne n'étant obligé d'agir dans son propre intérêt, et de prendre son propre avantage, le promettant restera toujours le maître de la chose ; il s'oblige seulement dans la proportion et pour le temps où il prend, et par le fait même de la remise de la chose, *re*, non par le seul consentement (pp. 9 et 10).

Contre cette théorie s'appose, comme l'a fort bien remarqué Coviello (1), un argument, qu'il semble malheureusement oublier dans la suite. En effet, on ne peut dire que la remise de la chose soit une nécessité logique pour l'existence de l'obligation de restituer : si la restitution ne peut se concevoir, en fait, sans la remise précédente, il n'en est pas de même de l'*obligation* de la restitution qui peut très bien précéder la remise de la chose. La nécessité de la remise de la chose ne peut se concevoir que comme application du principe général d'après lequel, celui qui a droit à une prestation ne peut la faire valoir tant qu'il n'a pas accompli tout ce qui de sa part est nécessaire pour en rendre possible l'accomplissement (2).

D'autre part, le fait qu'une convention soit à l'avantage exclusif du promettant, ne comporte pas comme conséquence nécessaire que celui-ci ne sera pas obligé avant que s'effectue d'abord la prestation de l'autre partie, et qu'ainsi le contrat ne sera pas parfait par le seul consentement. A ce compte, en effet, le contrat de mandat, qui, par conception, est dans l'intérêt exclusif du mandant, serait un contrat réel quant à l'obligation à laquelle est soumis ce dernier d'indemniser le mandataire de ses dépenses et préjudices. Ainsi, d'une part, la prétendue impossibilité de l'obliga-

(1) Coviello, *op. cit.*, p. 375, chap. IV.

(2) Adler, *Realcontract und Vorvertrag* (dans le *Jahrbücher de Ihering*, vol. XXI), ainsi qu'un certain nombre d'auteurs cités par lui.

tion de restituer n'est pas suffisamment fondée sur la nature réelle des contrats, d'autre part, l'intérêt exclusif du promettant ne suffit pas non plus à démontrer qu'il peut s'engager « *re* » et non par le seul consentement.

Cependant, Coviello, après avoir repoussé cette théorie d'Unger, et également celle de Windscheid, d'après laquelle tous les contrats pourraient être indifféremment réels ou consensuels, selon que l'on commencera par la prestation de la chose ou la déclaration de volonté, conclut néanmoins que l'existence des contrats réels n'est certainement pas en contradiction avec les principes du droit moderne sur les obligations (1).

Mais, d'après lui, pour que cette assertion soit exacte, il faut considérer la « *res* », non comme une « *causa civilis* », comme dans la conception romaine, mais comme une simple exigence « *di qualita* », c'est-à-dire une « *condicio juris* » pour avoir un contrat déterminé plutôt qu'un autre. Sans cette remise, en effet, on n'aurait qu'un « avant contrat » qui serait le préliminaire du contrat véritable et complet.

Il base son affirmation sur le fait que, dans le cadre même des principes généraux du droit actuel des obligations, rien ne s'oppose à ce que la volonté des parties fasse dépendre l'efficacité et même la formation d'un contrat normalement consensuel de la remise préalable d'une prestation (2). Pour certains contrats, qui doivent être plus expédients et mieux répondre aux nécessités de la vie courante, la loi aurait présumé la volonté normale des parties en exigeant la remise préalable de la chose, et en aurait fait ainsi des contrats réels.

Tout ceci est raisonner un peu dans l'abstrait. Il nous paraît nécessaire, pour résoudre plus sûrement le problème, de nous demander, d'abord, s'il existe véritablement encore à notre époque des contrats réels dans notre droit civil positif. Et, si l'on reconnaît l'existence de tels contrats, il nous semble logique que, dans les mêmes conditions de fond, on ne doive pas refuser aux contrats non spécialement réglementés de rentrer dans la même catégorie. Il n'y aura pas là, en effet, création d'une « nouvelle manière de s'obliger », on ne sortira pas du cadre des lois, mais on ne

(1) Coviello, *op. cit.*, chap. IV, p. 379 et s.

(2) Fait absolument exact d'ailleurs. — Voir à ce sujet notamment : Planiol et Ripert, *Traité Pratique*, t. VI, p. 140, n° 111, et la jurisprudence citée sous note 1.

fera qu'appliquer les mêmes préceptes aux mêmes éléments qui les auraient motivés (1).

§ 2. — LES CONTRATS RÉELS ET LE DROIT MODERNE
LA THÉORIE CLASSIQUE

Les contrats réels en droit romain n'étaient pas des contrats formels, et la « *res* » était non seulement une condition de formation nécessaire à l'existence même de ces contrats, mais aussi à leur sanction. Dans l'ancien droit français, antérieur au ^{xiii}^e siècle, au contraire la prestation survenait surtout pour attester l'existence du contrat (2).

Puis, quand le principe de la force obligatoire et créatrice du simple consentement fut reconnu, ce rôle disparut pour la *res*. Mais les commentateurs l'ont gardée, sans doute comme une condition de fond conforme à la nature de certains contrats, une obligation de restituer devant naître, et l'accomplissement de la prestation étant nécessaire à leur formation (3).

Pothier, après avoir rappelé le grand principe du droit français, de l'autonomie de la volonté, d'après lequel : « Dans notre droit, on ne doit point définir le contrat, comme le définissent les interprètes du droit romain, *conventio nomen habens à jure civili vel causam* », mais qu'on doit le définir « une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou ne pas faire quelque chose », admet cependant des contrats qui ne sont pas purement consensuels : « On divise les contrats en ceux qui se forment par le seul consentement des parties, et qui pour cela sont appelés *contrats consensuels*, tels que la vente, le louage, le mandat, etc... et ceux où il est nécessaire

(1) C'est le principe formulé par M. François Geny, dont nous avons fait état dans le chapitre précédent (p. 65, n. 2), et qui nous a paru exact.

(2) Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 5 ; Viollet, *Histoire du Droit Civil Français*, p. 599 et suiv.

(3) Plesnila, thèse, 1910, chap. II, § I, p. 62. Cet auteur prétend que l'on supprima alors la dation comme élément de formation dans les *contrats réels innommés*, car là il n'y aurait plus eu la même raison de la maintenir. Mais il ne donne aucune justification de cette disparition et n'explique pas pourquoi les raisons qui avaient provoqué la survivance de la « *res* » dans les contrats spécialement réglementés n'étaient pas valables également pour les autres de même nature.

qu'intervienne quelque chose, *autre le consentement* : tels sont les contrats de prêt d'argent, de prêt à usage, de dépôt, de nantissement, qui, par la notion du contrat, exigent la tradition de la chose qui est l'objet de ces conventions. On les appelle contrats réels » (1).

Domat (2) parle de même des contrats réels qui exigent pour leur formation la tradition de la chose. Le Code Civil se serait inspiré de l'opinion de ces auteurs de l'Ancien Droit et aurait admis les contrats réels par tradition (3).

Cependant, dans le projet de Code Civil présenté le 24 Thermidor an VIII, le Titre II du livre III qui s'occupe de la division des contrats ne mentionne pas la catégorie des contrats réels. Comme le disait Bigot de Préamencu, dans la présentation de ce projet, tout en puisant largement dans le droit romain pour élaborer les dispositions de ce titre, on avait cru bon cependant d'écarter « quelques subtilités qui le déparent » (4). Suivant lui, les contrats n'avaient été considérés en France que « sous les rapports qui naissent de leur nature » et le Code rejetait et regardait comme inutiles toutes les autres distinctions et divisions établies par les lois romaines (5).

En effet, avec cette grande idée qui les gouverna pour tous leurs travaux, l'efficacité complète du consentement, et qu'ils héritèrent également des juristes de l'Ancienne France, il n'aurait pas été étonnant que les rédacteurs du Code aient rejeté catégoriquement la classe des contrats réels. Et cependant, ce n'est pas ce qu'ils ont fait. Ils ont donné, au contraire, à ces contrats, dans la réglementation spéciale qu'ils leur ont consacrée, exactement le même sens qu'ils avaient dans notre ancien droit. Ils ont gardé implicitement cette catégorie, et l'on peut dire, en dépit des contradictions apparentes, qu'au moins pour la tradition, l'acceptation de la théorie des anciens auteurs par le Code est *certaine* (6).

(1) Pothier, *Traité des Obligations contrats réels*, dans « Œuvres de Pothier annotées par Bugnet », t. II, n^{os} 3 et 10.

(2) Domat, *Lois civiles*, éd. Remy, 1^{re} partie, livre I^{er}, t. I, sect. I, n^o 9 (I, p. 126) et t. V, sect. II, n^o 3 (I, p. 226).

(3) Plesnila, *Thèse citée*, chap. II, § I, p. 62. — Contre cette opinion : Combes-cure, *Revue Critique*, p. 451 (1903).

(4) Loqué, *op. cit.*, t. XII, p. 131 ; Fenet, *op. cit.*, t. XIII, p. 3 et s.

(5) Loqué, *op. cit.*, t. XII, p. 311 et s. ; Fenet, *op. cit.*, t. XIII, p. 213 et s.

(6) En ce sens, Plesnila, *op. cit.*, p. 56 et 62.

Cela résulte de la définition même qu'il a donnée à ces contrats :

Art. 1892 : « *Le prêt de consommation* est un contrat par lequel l'une des parties *livre* à l'autre une certaine quantité de choses... »

Art. 1875 : « *Le prêt à usage* ou *commodat* est un contrat par lequel l'une des parties *livre* une chose à l'autre pour s'en servir... »

Art. 1915 : « *Le dépôt* en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à charge de la garder et de la restituer en nature. »

Art. 1919 : « Il n'est parfait que par la *tradition* réelle ou feinte de la chose déposée.... »

Art. 2076 : « Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en *possession* du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties. »

Art. 2071 : « Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur *remet* une chose à un créancier pour sûreté de la dette. »

On le voit, le code présente tous ces contrats comme se formant par la remise matérielle de la chose. Il ne dit pas : le prêt, le dépôt, le commodat, le gage sont des contrats par lesquels on *s'oblige* à donner une chose, etc...

Les expressions qu'il emploie pour les contrats consensuels sont tout autres au contraire :

Art. 1582 : « *La vente* est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer... »

Art. 1702 : « *L'échange* est un contrat par lequel les parties se *donnent* respectivement une chose pour une autre » (1).

Mais :

Art. 1703 : « *L'échange* s'opère par le *seul consentement*, de la même manière que la vente. »

Art. 1709 : « Le *louage* de choses est un contrat par lequel l'une des parties *s'oblige* à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer. »

Art. 1832 : « La *société* est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes *conviennent* de mettre quelque chose en commun. »

(1) On voit là la trace de l'origine de l'échange, contrat dit innommé du droit romain, de la catégorie « *do ut des* ». Il vaut mieux voir la déficience de l'expression d'obligation dans le caractère de « *troce* » simultané qu'avait l'opération au début.

Le code a été encore plus précis pour faire ressortir la différence dans deux contrats réels : celui de dépôt où, nous l'avons vu, il a spécifié qu'il ne pouvait être parfait que par la tradition ; et celui du gage où le privilège ne subsiste qu'autant que la chose a été mise et restée en possession d'un créancier ou d'un tiers. Ces idées sont exprimées d'une façon encore plus catégorique dans les travaux préparatoires qui se sont inspirés de Pothier. Dans l'exposé des motifs par Berlier, on trouve notamment ces considérations sur le nantissement : « La remise de la chose au débiteur est de l'essence de ce contrat... sans cette mise en possession, il peut bien, surtout en matière immobilière, exister des affectations propres à assurer les droits du créancier ; telles sont les hypothèques qui ont leurs règles particulières ; mais les hypothèques ne doivent pas être confondues avec le nantissement » (1).

Comment concilier cette exigence de la tradition pour la formation de certains contrats avec le principe moderne de l'efficacité complète du seul consentement ? La doctrine, postérieure au Code s'y est efforcée, mais, en général, elle ne nie pas l'existence des contrats réels ; elle est bien obligée, en présence des textes formels que nous venons de voir, d'admettre leur survivance.. Mais elle fait d'habitude une distinction entre le véritable contrat réel prévu par le Code et qui ne peut se former que par la remise de la chose, et l'échange de consentement ayant le même objet et qui peut être valable par lui-même. Ou aurait de la sorte deux contrats successifs ou plus exactement un « avant-contrat » et un contrat qui ne serait que l'exécution du premier.

Cette opinion est notamment soutenue par Aubry et Rau (2). Selon ces auteurs : « Il résulte bien des définitions que le Code Civil donne du commodat, du prêt de consommation, du dépôt et du nantissement, ainsi que des règles qu'il trace sur ces matières, que les contrats dont s'agit *n'existent comme tels* que par la livraison de la chose qui en fait l'objet. Mais ils ne constituent pas pour cela des contrats réels dans le sens romain, car il n'est pas douteux que, d'après les principes du Code Civil, la simple promesse suivie d'acceptation, soit de livrer la chose à titre de commodat, de prêt de consommation ou de gage, soit de la recevoir

(1) Fenet, XV, p. 204, al. 1 et 2 ; 214, al. 2 ; Loaré, XVI, p. 23, n° 2 ; 37, n° 2.

(2) Aubry et Rau, t. IV, § 340, p. 467, note 6.

en dépôt, ne soit civilement obligatoire. » Or, qu'est-ce qu'une promesse suivie d'acceptation, si ce n'est, dans notre droit, une véritable convention, puisque toute promesse synallagmatique peut être sanctionnée. Baudry-Lacantinerie et Barde admettent le même point de vue, avec un peu plus de précision (1) : « En résumé, le système du Code Civil est le suivant : l'obligation de rendre étant de l'essence des contrats de prêt, de dépôt et de nantissement, la tradition est nécessaire pour la formation de ces contrats... » aussi « lorsqu'il intervient une promesse de former un contrat réel et que cette promesse est exécutée, il y a deux contrats successifs ». Colin et Capitant apportent quelques nuances à ces considérations (2), mais au fond se rallient au même principe : « Quant aux contrats réels, ce sont eux aussi des contrats consensuels, car ils ne sont soumis à aucune formalité (3). Si on les classe à part, c'est que par leur nature, ils ne peuvent exister qu'autant qu'il y a remise d'une chose par l'une des parties à l'autre... Les obligations de l'emprunteur du dépositaire, du gagiste, ne peuvent prendre naissance qu'autant qu'ils ont reçu l'objet prêté, mis en gage, déposé. Ceci est une règle imposée par la force des choses, par la nature économique de ces opérations. Sans doute, la promesse de prêt, l'ouverture de crédit notamment, la promesse de constituer un gage, de recevoir un dépôt, sont des contrats unilatéraux, valables, mais ces promesses sont distinctes du prêt, du gage, du dépôt (4). Ce sont, par rapport à ceux-ci des avant-contrats qui

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité de droit civil*, « Des obligations », t. I, p. 24.

(2) Colin et Capitant, t. II, p. 263, titre I^{er} du livre II, chap. I^{er} de la 1^{re} partie (5^e édit. de 1929).

(3) Nous avons vu comment le caractère formaliste de la *res* était disparu de l'ancien droit. Mais cela ne veut pas dire que les contrats qui en étaient affectés soient devenus par suite de cette disparition purement consensuels, puisque la *res*, d'élément de forme est devenue élément de fond, et qu'au dire même de Pothier, elle est de l'essence des contrats « où il est nécessaire qu'intervienne quelque chose, outre le consentement ».

(4) Nous ne sommes pas de l'avis de Colin et Capitant également sur ce point. L'avant-contrat d'un contrat réel sera, s'il existe, en principe une promesse synallagmatique pouvant entraîner exécution forcée et à laquelle il ne manquera, pour devenir le véritable contrat réel, que la réalisation de la prestation de l'une des parties par la remise de la chose objet du contrat. Si l'on admettait la seule promesse unilatérale, il faudrait alors pour la perfection du contrat réel qu'inter-

obligent le promettant à exécuter sa promesse, et seront remplacés au moment de l'exécution, par un prêt, une constitution de gage, un dépôt. C'est à partir de ce moment que l'emprunteur, le gagiste, le dépositaire, seront obligés de veiller sur la chose et de la restituer au temps prescrit. » On voit d'ailleurs réapparaître, dans cette dernière théorie, la subordination de la naissance de l'obligation de restituer à l'accomplissement d'un fait, ce qui est nettement contraire à l'article 1138 du Code Civil. Nous avons vu que l'obligation de restituer peut très bien exister avant la possibilité matérielle de restituer.

Ainsi la théorie classique ne supprime pas l'existence des contrats réels. Elle décompose seulement l'opération et fait du contrat réel l'exécution d'un précédent contrat purement consensuel. Cela ne satisfait pas l'esprit, car ainsi on ne résout pas le problème de la réalité dans une législation où le principe de l'autonomie et de la toute puissance de la volonté est parfaitement reconnu, et qu'il ne devrait y avoir que des contrats consensuels.

Aussi, certains auteurs, comme MM. Planiol et Ripert (1), estiment-ils qu'il y a là une exception, une anomalie qu'il y a lieu de limiter. C'est ainsi qu'ils préconisent en pratique que le caractère de contrat réel doit être refusé à tout contrat qui ne l'a pas en vertu de la tradition sanctionnée par des textes. Il n'en serait autrement que si les parties avaient eu la ferme volonté de subordonner la formation du lien obligatoire à la prestation préalable d'une chose ou d'une somme.

Telle n'est pas l'opinion de Combescure (2) et de Coviello (3). Suivant le premier, « si l'on admettait le système de la réalité pour les contrats nommés, il faudrait aussi l'admettre pour les contrats innommés ». Ce qui ne l'empêche pas d'ailleurs de conclure que c'est impossible pour les trois premières combinaisons, *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, qui, étant des obligations de donner, seraient par suite purement consensuelles (art. 1107 et 1138 C. Civ. combinés) et ne sauraient se concevoir pour la seule combinaison

vienne en outre le consentement de l'autre partie. Or, ces auteurs ne parlent pas de ce consentement obligatoire et aussi nécessaire que la *res*.

(1) Planiol et Ripert, *Traité Pratique*, t. VI, avec le concours de Paul Esmein (1930), n° 121, p. 153.

(2) Combescure, *Revue Critique* 1903, p. 482 et s.

(3) Coviello, *op. cit.*, p. 384.

facio ut facias qui n'est mentionnée dans aucun texte (ce qui est évidemment le propre des contrats non spécialement réglementés) (1). Quant à Coviello, il prétend que les contrats réels n'ont nullement un caractère exceptionnel, car ils ne sont pas en contradiction avec le principe général que le seul consentement oblige. En effet, d'après lui, ce caractère, dans le droit moderne, n'est pas une réquisition de forme, mais une simple réquisition de qualité, c'est-à-dire une *condicio juris* pour avoir un contrat déterminé plutôt qu'un autre. Coviello admet, en effet, l'existence de l'avant-contrat qui ne produit pas les effets du contrat réel, mais est obligatoire par lui-même. Il pourrait donc y avoir des contrats réels en cas d'absence d'une disposition spéciale de la loi ou de la volonté des parties. Mais comment distinguera-t-on ces contrats réels des autres contrats ? Ce seront tous ceux qui réuniront en eux les éléments caractéristiques qui se rencontrent dans les quatre contrats nommés dans le Code Civil, et en vue desquels la loi les considère comme réels. Et en tête de ces éléments Coviello place l'*obligation de la restitution* qui se retrouve constamment dans ces quatre contrats, « Obligation que le législateur ayant en vue la volonté normale des contractants et les exigences de la vie pratique, répute pratiquement incongrue si elle n'est logiquement absurde, sans la présence de la tradition ».

Une telle théorie se rapproche singulièrement de la théorie classique qu'elle généralise en ne l'appliquant plus aux seuls contrats

(1) Ce serait ainsi la condamnation de la « réalité » pour le contrat estimatoire que l'on classe actuellement dans la catégorie « facio ut facias aut des ». Mais l'argument paraît un peu simpliste. Ce n'est pas parce qu'une convention n'est mentionnée dans aucun texte qu'il faut lui refuser tel ou tel caractère. Il s'agit de savoir si ce caractère est ou n'est pas en contradiction avec les principes généraux du droit. D'autre part, si l'on envisage la combinaison « facio ut des », il n'est pas absolument exact qu'elle n'ait pas un caractère réel parce qu'elle renferme l'obligation de donner autre chose que celle qui a été confiée. Dans ce cas, il faudrait refuser le caractère réel au contrat de prêt de consommation dans lequel l'« accipiens » ne restitue pas les choses mêmes qui lui ont été remises, mais d'autres de même espèce et qualité (art. 1892 C. Civ.) et également au prêt à usage ou commodat, ou lorsque la chose a été estimée et qu'elle est perdue sans sa faute, l'emprunteur devra donner l'équivalent en argent (art. 1883). D'autre part, cela aurait pour conséquence de faire changer de nature le contrat suivant qu'il aura pour issue la restitution de la chose ou le paiement de l'estimation, conséquence difficilement acceptable juridiquement.

réglementés et tout en semblant donner à la « réalité » une nature un peu différente.

Il nous a paru, avant de conclure à son admission ou à son rejet, qu'elle méritait un examen approfondi, car elle émane d'un des rares auteurs qui l'aient directement appliquée au contrat estimatoire et paraît même l'avoir créée spécialement pour ce contrat, dans le but de justifier le caractère d'élément essentiel de la remise.

§ 3. — RÉFUTATION DE LA THÉORIE DE COVIELLO ET DE LA THÉORIE CLASSIQUE. LES THÉORIES MODERNES ET LA NÉGATION DE LA NOTION DE LA « RÉALITÉ ».

Elle se compose, d'après son énoncé même de deux arguments principaux : le dédoublement du contrat réel et de son avant-contrat consensuel, l'impossibilité pratique et logique de l'existence de l'obligation de restitution sans la présence de la tradition.

Examinons d'abord le premier argument. Coviello exprime sa pensée de la façon suivante : « Le consentement sera obligatoire, même quand manquera la remise de la chose, pour cela on n'aura pas ce contrat s'il ne s'opère pas avec la *traditio rei*, mais un autre qui sera le préliminaire de celui-là. (Vorvertrag) » (1).

Qu'est-ce au juste qu'un avant-contrat, ou vorvertrag, suivant l'expression allemande ?

Leduc (2) a, dans une thèse intéressante, cherché à préciser la nature de ce genre de conventions. D'après cet auteur, l'avant-contrat a pour but de placer l'une des parties à la disposition de l'autre. Il ne produit qu'un droit de créance de nature spéciale et inférieure ; il donne seulement le droit par déclaration unilatérale d'acquérir postérieurement un droit de créance ordinaire. Ce serait un droit éventuel, intermédiaire entre la simple espérance sans effets juridiques et le droit conditionnel à effet rétroactif après sa réalisation. L'avant-contrat se différencierait donc à la fois de la « *punctuation* » qui n'est jamais définitive et ne règle pas tous les points essentiels, et de la convention tendant à la conclusion d'un contrat dans une forme donnée, cette dernière n'étant qu'une question de preuve.

(1) Coviello, *op. cit.*, p. 379.

(2) Leduc, *Des avant-contrats*, thèse, Paris, 1909.

L'avant-contrat, tout en étant dans la phase préparatoire d'un contrat à venir, a néanmoins une force obligatoire propre et le retrait de son consentement par le promettant serait inopérant. Le contrat définitif n'est au fond qu'un acte d'exécution de l'avant-contrat.

Si l'on admettait la théorie classique des contrats réels, nulle part l'avant-contrat ne serait plus fréquemment employé qu'en la matière. Mais, d'après Leduc (1), l'avant-contrat n'aurait là sa raison d'être que dans les cas équivalents à ceux où serait conclu un avant-contrat unilatéral à un contrat consensuel, c'est-à-dire quant l'une des parties se réserve le droit de faire naître par sa seule volonté les obligations de l'autre partie envers elle et des obligations réciproques à sa propre charge. L'accord consensuel dont parle Coviello ne serait donc que le seul et unique contrat, dont la prestation postérieure ne serait qu'un acte d'exécution. En effet, comme le fait observer Leduc, du moment qu'il est admis sans restrictions que l'avant-contrat au contrat réel oblige dès l'instant de sa conclusion à passer ce dernier contrat, sans qu'il y ait de nouvelles conditions à réaliser, il devient impossible de voir dans cette remise matérielle la conclusion d'un nouveau contrat. Comme nous l'avons vu, on peut très bien concevoir qu'il y ait obligation de restituer avant la remise effective de l'objet à restituer. Obligation et possibilité sont deux choses distinctes. C'est dans ce sens que l'on admet la vente de la chose d'autrui, quand le vendeur se fait fort de devenir propriétaire de cette chose. Il n'y a là qu'une impossibilité relative de l'objet et non manque d'objet.

Mais il faut quand même expliquer le rôle important de la remise dans les contrats réels et qui a donné lieu à tant de controverses. Leduc propose la théorie suivante :

Les obligations qui résultent du contrat consensuel préalable sont successives, celles de l'une des parties *naissent* (2) précisé-

(1) Leduc, *op. cit.*, p. 179.

(2) Cette expression malheureuse peut laisser croire que Leduc, tout en la combattant, se rallie à la théorie classique. En effet, les obligations ne sont pas concomitantes, si elles ne peuvent coexister, nous sommes ramenés à l'hypothèse des deux contrats unilatéraux successifs. Or, Leduc, au contraire, est apparu jusqu'ici comme un partisan de l'indépendance de l'obligation et de la remise. Il semble parfaitement admettre que l'obligation de restituer peut précéder le fait matériel de la remise. Pourquoi, alors, la faire naître de ce fait qui devient ainsi un élément de formation et non un simple acte d'exécution ? Il y a là une

ment quand celles de l'autre sont exécutées, c'est-à-dire lors de la remise matérielle. Cette prestation réelle constitue donc un stade important de l'exécution du contrat, un point de séparation entre l'exécution incombant à l'une des parties et celle incombant à l'autre. Mais y voir, pour cela, la conclusion d'un nouveau contrat serait manifestement contraire à l'intention des parties. « Celles-ci « n'y voient pas un point de départ, mais un acte matériel d'accomplissement de leurs engagements antérieurs ». Il y a, dans le contrat réel ainsi conçu une *phase consensuelle*, la conclusion du contrat visant à la fois remise et restitution, puis une *phase réelle d'exécution pure et simple de la première*. Mais ces deux phases peuvent parfaitement être concomitantes, et c'est ce qui arrive le plus souvent. Le caractère consensuel du contrat échappe ainsi à l'attention qui ne retient que le fait visible, matériel de la remise. C'est ce qui arrive d'ailleurs fréquemment dans le contrat estimatoire, notamment quand la consignation n'est pas accompagnée d'une facture « à condition », ou d'un bulletin de remise contenant l'estimation.

Leduc substitue donc à la notion classique de deux contrats unilatéraux successifs, celle d'un seul contrat synallagmatique (1), obligeant, dès l'échange des consentements, l'une des parties à remettre la chose et l'autre à la restituer, *mais sous condition que préalablement la remise aura été effectuée*.

Nous ne saurions admettre sans partage cette théorie.

En effet, si nous reconnaissons volontiers que la remise de la chose ne fait pas naître un nouveau contrat, ni même qu'elle ne fait pas naître les obligations de la partie qui reçoit et notamment celle de restituer si, dans une certaine mesure, nous ne voyons dans ce fait matériel qu'une modalité, nous ne pouvons donner à cette modalité la nature d'une condition (2). La condition, d'après

contradiction évidente que la phrase suivante ne peut suffire à expliquer. Leduc exprime mieux sa pensée dans la phrase précédente où il dit : « L'une et l'autre obligation ne sont contractées que *sous condition* de l'exécution préalable d'une autre obligation par leur créancier. Il s'agit là d'une « modalité spéciale » qui ne fait pas précisément naître l'obligation, puisqu'elle préexiste dans l'échange de consentement antérieur à la remise, mais qui en subordonne seulement l'exécution.

(1) M. Demogue, art. cité *Revue Trimestrielle*.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, § 302, p. 60, spécifient : « Il est des conventions qui, d'après leur nature ou leur objet supposent nécessairement l'existence ou la réali-

sa propre définition doit être un fait *incertain* et *extrinsèque* à la convention.

Or, la remise de la chose étant l'exécution d'une obligation n'a aucun caractère d'incertitude, au moins juridiquement.

D'autre part, elle est un des éléments intrinsèques du contrat, puisqu'elle existe nécessairement quelles que soient les circonstances, qu'elle fait partie de sa structure, de sa définition même. Alors que la condition est un élément accessoire que l'on ne rencontre pas toujours, mais qui affecte, quand elle existe, le consentement même des parties (1). C'est dans ce sens que Maury (2) rejette la théorie de Leduc, à qui il reproche de déformer la notion de condition à laquelle il fait appel.

Nous y ajouterons, que la théorie de Leduc ne suffit pas, de son propre aveu, à expliquer le contrat de dépôt, qui, d'après lui, ne devient jamais synallagmatique, le dépositaire étant seul tenu de recevoir la chose, de la conserver et de la restituer, sans qu'aucune obligation existe à la charge du déposant qui pourra se refuser à effectuer le dépôt, le futur dépositaire ne pouvant l'y contraindre, faute d'intérêt.

Avant d'essayer de trouver une autre solution, examinons le deuxième argument de Coviello : *l'obligation de restitution ne peut se concevoir sans la remise de la chose*. Or, l'obligation de restitution se retrouve constamment dans les contrats réels et c'est pourquoi la loi les considère comme tels. Donc, par analogie, partout où l'on rencontrera ce même élément caractéristique, on devra considérer qu'il y a un contrat réel, même s'il n'est pas spécifiquement prévu et réglementé par la loi (3).

Cependant, Coviello constate que l'obligation de restituer existe dans d'autres contrats que les contrats réels. Ainsi, dans le louage. Mais, selon lui, la raison pour laquelle ce contrat ne sera pas réel, c'est parce que l'obligation de la restitution n'y est pas l'obligation principale. Au contraire, l'obligation première du locataire est de payer le prix, il doit également user de la chose en bon père de

sation ultérieure de certains faits ; ces faits ne constituent pas de véritables conditions. »

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VII, chap. II, n° 1024.

(2) Maury, Thèse Toulouse, 1930, *Essai sur la notion d'équivalence en Droit Français*.

(3) Coviello, *op. cit.*, p. 384.

famille. Il n'est parlé de la restitution que dans le second article qui suit, comme d'une obligation accessoire (1) (art. 1583 et 1585 C. Civ. italien). Il en est tout autrement dans les quatre contrats réels où l'obligation de restituer est la seule ou au moins la principale envisagée.

Coviello prétend même que, dans le louage, l'obligation de la restitution ne fait pas partie du contenu de ce contrat, qui a pour objet la jouissance de la chose moyennant un certain prix. Elle dépendrait plutôt du contrat réel d'accomplissement ou d'exécution du premier, consistant dans la tradition de la chose par laquelle le locataire achève de se libérer de son obligation principale (2). Il en conclut que tout contrat, quand il contient l'obligation *principale et immédiate* de restitution, peut, à défaut de la volonté contraire des parties, être considéré comme réel. Ainsi seront, à côté des contrats nommés, tous les contrats qui, dans les sources du droit romain se trouvent mentionnés par un *fructum* (1. 10 D. XIX, 3), *ad inspiciendum* (1. 17, § 2, cod. al. 10 ; S. 1, D. XIII, 6) *ad experiendum* (1. 20 D. XIX, 5 ; 1. 71, § 4, cod. 1. 13, § 1 D. XIII 6). Tel sera également le contrat estimatoire parce qu'il crée également, pour celui qui reçoit la chose, l'obligation d'en payer l'estimation ou de la restituer.

Cette obligation alternative est principale et immédiate aussi bien pour la restitution que pour le paiement. La vente n'est que le but à atteindre, elle n'est pas *in obligatione*. Le recevant peut tout aussi bien, si cela lui plaît, retenir la chose pour lui, ou la détruire. Il n'en reste pas moins que la restitution étant son obligation principale et immédiate au même titre que le paiement, la

(1) Art. 1728, C. Civ. : « Le preneur est tenu de *deux obligations principales* :

1° D'user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention ;

2° De payer le prix du bail aux termes convenus. »

Art. 1730, C. Civ. : « S'il a été fait un état des lieux entre le bailleur et le preneur, celui-ci *doit rendre la chose* telle qu'il l'a reçue, suivant cet état, excepté ce qui a péri ou a été dégradé par vétusté ou force majeure. »

(2) Coviello fait état de l'article 1585 du Code Civil italien qui correspond à l'article 1730 du Code Civil français et ainsi conçu : « Le locataire doit restituer la chose dans le même état qu'il l'a reçue... » qui seul mentionne la restitution, alors que les obligations « directes » du contrat de louage sont contenues dans les articles précédents.

remise de la chose est un élément *essentiel*, encore actuellement, pour la perfection du contrat.

La théorie de Coviello ne laisse pas d'être criticable et ses arguments sujets à caution, surtout en raison des travaux intéressants qui ont été faits postérieurement à son œuvre, sur les contrats réels. Parmi ceux-ci citons surtout ceux de Plesnila et de Maury déjà mentionnés.

D'après Coviello, nous avons vu que partout où l'on trouve obligation principale et immédiate de restituer, on peut dire qu'il y a contrat réel. Mais il rejette ce caractère pour le contrat de louage où l'obligation de restitution lui paraît accessoire et dépendant plutôt d'un autre contrat dit contrat réel d'accomplissement.

Cette discrimination nous paraît assez légèrement assise.

D'abord, l'existence d'un contrat réel d'accomplissement n'est nullement prouvée du fait que l'obligation de restituer n'est pas mentionnée dans les mêmes articles du Code qui traitent des autres obligations engendrées par le contrat de louage. La section première du Chapitre II sur le louage des choses contient un certain nombre de prescriptions sur les obligations du preneur et du bailleur qui ne sont pas rangées dans un ordre strictement rigoureux. L'obligation de restitution est si évidente dans le louage, qui ne peut conférer un droit de propriété sur la chose, par sa nature même, que le Code n'a pas cru devoir s'appesantir sur la question. Il a mentionné la restitution dans deux articles 1730 et 1731 en indiquant de quelle manière elle devait être effectuée. Mais cela ne veut pas dire qu'il n'ait vu là qu'une obligation accessoire. D'autre part, dire qu'il y a contrat réel d'accomplissement implique deux expressions contradictoires : Comment un acte d'exécution d'un contrat consensuel peut-il engendrer un contrat réel ? Coviello ne l'explique pas. Comment concevoir qu'il y ait un nouveau contrat sans nouvel accord de volonté (les contrats réels dans le système du code ne sont pas privés de consentement, mais ils exigent seulement en plus un acte matériel). Si l'on admet le nouvel accord de volonté dont les textes ne permettent pas de supposer même l'ombre d'existence, comment ne pas en conclure que le locataire pourra avoir la faculté de ne pas exécuter son contrat par la restitution de la chose, en refusant son consentement qui est libre d'après le principe même de l'autonomie de la volonté ? On le voit, on aboutit à des conséquences ridi-

cules. D'ailleurs, si l'on adopte le même genre d'arguments que Coviello, il faut admettre que le fait de la remise qui gouverne selon lui l'obligation de restitution est singulièrement éloigné de cette obligation dans la réglementation du Code, puisqu'on ne le trouve qu'aux articles 1719 et 1720, sous forme d'obligation et non de fait purement matériel (« le bailleur est obligé... de délivrer art. 1719 », « le bailleur est *tenu* de délivrer art. 1720 »).

Il vaut donc mieux admettre que cette obligation de restituer est née du contrat consensuel de louage lui-même, parmi d'autres obligations, et au même titre que celles-ci, et qu'elle n'a nullement pour cause le fait matériel de la remise.

D'ailleurs il n'est pas exact que l'obligation de restituer soit l'unique ni même la principale dans les contrats réels. Dans le prêt, le gage, le dépôt, c'est le droit de jouir de la chose prêtée, de retenir en garantie la chose engagée, l'obligation de garder la chose déposée, qui constitue le but essentiel de l'opération juridique (1).

Examinons, en effet, successivement ces divers contrats sous le seul angle consensuel, qui fait également partie de leur nature, même d'après le code et la théorie classique (2).

Voici ce que nous y trouvons :

Prenons d'abord le contrat de gage. Le débiteur qui veut garantir sa dette ou le tiers qui garantit celle du débiteur, s'oblige envers le créancier gagiste à remettre un objet et à ne pas réclamer la restitution soit par une action personnelle, soit par une action réelle avant qu'ait été payée la dette principale que le gagé garantit. Le créancier gagiste s'engage à garder et rendre quand la dette aura été payée. Il s'engage même à recevoir, Leduc l'a établi à l'encontre d'Unger. Et il y aura souvent même intérêt pour l'emprunteur à contraindre le créancier à accepter le gage, afin d'obtenir les deniers qu'il a promis de prêter (3).

La principale obligation dans ce contrat est donc celle de la

(1) Plesnila, *op. cit.*, p. 87 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique, op. cit.*, t. VI, titre I, chap. 1^{er}. Les contractants et le consentement n° 120.

(2) Pothier, *obligations* n° 10, *Prêt à usage* n° 6 ; Aubry et Rau, IV, § 340, p. 467, n° 6 ; Demolombe, XXIV, n°s 31-32 ; Laurent, XV, n° 445 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 23 ; A. Colin et Capitant, I, p. 263 ; Larombière, I, art. 1107, n° 6.

(3) Baudry et Barde, *Traité des Obligations*, t. IV, n° 2275, art. 1912, C. Civ., § 2.

remise de la chose afin que le créancier ait un droit opposable aux tiers (1). L'obligation de restituer n'en est nullement l'unique. Le gagiste est en outre obligé de conserver la chose, c'est-à-dire de veiller sur elle et de la maintenir en bon état (art. 2080 C. Civ.) (2).

Pour le contrat de prêt, il y a également obligation de remettre la chose pour l'une des parties obligation principale, ou au moins aussi importante que celle de restituer. Dans le prêt à usage, se trouvent, en outre, pour le prêteur, les obligations de rembourser à l'emprunteur les dépenses faites par lui pour la conservation de la chose et de l'indemniser des dommages qu'ont pu lui causer les vices de la chose, mais ces obligations ne dérivent jamais du contrat, mais de la loi.

Quant à l'emprunteur, s'il a l'obligation de restituer, elle n'est pas la seule. Il a, en outre, celles de veiller à la garde et à la conservation de la chose, et de n'en faire que l'usage tacitement ou expressément convenu. Pour le prêt d'argent, il a naturellement l'obligation de payer les intérêts, obligation d'une importance si évidente que la plupart des contrats prévoient la résiliation en cas de non paiement d'un seul terme.

Mais même pour le prêt de consommation ou commodat, l'obligation de restituer n'est pas plus importante que l'obligation de livrer la chose. Celle-ci est en réalité une obligation de donner puisqu'il y a transfert de propriété et l'on ne peut pas dire que la cause de l'obligation de l'emprunteur soit le fait matériel de la remise et qu'elle soit un élément de formation du contrat. La gratuité de l'acte ne laisse pas cependant d'impressionner les interprètes. Comment, dans ce cas, peut-on prétendre que le prêteur, s'il a une obligation de livrer à laquelle il pourra être contraint par l'emprunteur, a également droit d'obliger ce dernier à prendre livraison ? (Maury (3) a tourné la difficulté en disant qu'il y avait là une véritable donation d'usage. Ce serait une espèce de donation soustraite aux règles habituelles, mais en son fond identique à toutes les donations. En conséquence, le donateur ne pourra agir

(1) C'est le sens de la décision rendue par la Cour de Cass. Civ., le 18 mai 1898 (D. P., 1900. 1. 481), mais qui a le tort de faire de la remise un élément de formation du contrat.

(2) Plesnila, thèse citée, p. 97 ; Maury, thèse citée, p. 133.

(3) Maury, thèse citée, p. 131.

contre le donataire pour obliger à prendre livraison, n'ayant pas d'intérêt. Toutefois, l'emprunteur pourra, s'il le veut, subordonner son acceptation à la réception même. Mais, même dans ce cas, le contrat reste consensuel.

De toute façon, la remise de la chose n'est pas nécessaire à l'obligation de restituer. L'emprunteur auquel on demanderait la restitution avant d'avoir eu la détention, aurait un moyen juridique bien simple de ne pas restituer avant d'avoir reçu. Il répondrait en réclamant l'exécution préalable à laquelle il a droit, c'est-à-dire transfert de la propriété ou simplement de la détention et jouissance de la chose pendant le temps fixé. Car, les contrats réels, comme certains autres contrats, tels que le louage (où cependant pareille difficulté semble n'avoir jamais été soulevée), excluent par nature, la règle de la simultanéité des obligations. Chez eux, au contraire, l'exécution préalable est la règle (1).

Pour le contrat de dépôt, il faut également faire une distinction.

Le contrat de dépôt à titre *onéreux* met certainement à la charge du déposant une obligation de remettre (argument de l'affirmative tiré de l'article 1794 C. Civ. sur le louage d'ouvrage en raison de son caractère exceptionnel (2)). Le déposant s'oblige à payer la garde de la chose et, pour que la garde soit possible, à déposer la chose qui sera rendue au terme convenu. Le dépositaire s'oblige à garder au moins autant qu'à restituer la chose, car c'est la première obligation qui a une contre-partie de la part du déposant.

Malheureusement, la même analyse ne peut s'appliquer au dépôt à *titre gratuit*.

Dans ce dernier, il ne naît d'obligation *ex contractu* que pour le dépositaire. Celui-ci se trouve obligé de recevoir, de veiller à la conservation de la chose et de la restituer. Quant au déposant, il ne s'engage absolument à rien. Comment expliquer alors l'obligation de rendre dans ce cas ? Jusqu'ici, nous avons l'obligation de remettre qui faisait compensation, dans l'espèce, nous n'avons plus rien. Quelle sera donc la cause ? Plesnila prétend que la remise de la chose en dépôt constitue un *droit* pour le déposant

(1) R. Cassin, *De l'Exception d'inexécution*, thèse Paris, 1914.

(2) Pic, *Législation Industrielle*, n° 1209 ; Baudry et Wahl, *Traité*, t. XXII, n° 4092, 4205.

mais il ne donne malheureusement aucune explication sur la nature de ce droit singulier (1) qui correspondrait à l'obligation du dépositaire de recevoir en dépôt. Il en résulterait quand même que le contrat de dépôt à titre gratuit est un contrat consensuel unilatéral puisqu'il n'y a d'obligation que d'un côté.

Maury avoue plus franchement qu'il ne voit pas d'autre équivalent, pas d'autre cause à cette obligation que la *dation* (2). Il admet donc, pour ce cas, mais pour ce cas seul, l'existence de l'avant-contrat et du contrat réel.

Comme nous le voyons, les arguments de Coviello peuvent être assez facilement réfutés. Sa généralisation nous semble un peu hâtive puisque même l'existence des contrats réels auxquels il voudrait rattacher le contrat estimatoire est à l'heure actuelle sérieusement contestée. Elle se réduirait en tout, à la rigueur, à un seul cas d'espèce, bien suffisant pour justifier une assimilation surtout pour notre cas où il ne s'agit nullement d'un contrat gratuit.

Cependant, après cette analyse, les partisans de la théorie « consensuelle » des contrats réels ont éprouvé le besoin d'expliquer et de définir la nature de l'obligation de restituer qui malgré tout reste étrange sans la présence de la dation correspondante.

Leduc en fait une obligation conditionnelle dont la condition serait précisément la dation. Nous avons vu comment Maury réfute cette théorie qui ne tient pas compte de la nature de la condition qui est toujours un fait incertain et extrinsèque à la convention.

Pour Plesnila (3), cette obligation de restituer, si elle a déjà un consentement à sa base, avant la remise ne pourra exister faute d'objet. L'existence ou l'inexistence de l'objet constitue une modalité de laquelle dépend l'existence de l'obligation de restituer. Cette modalité serait une éventualité, et l'obligation de restituer serait une obligation éventuelle (4).

(1) Plesnila, *op. cit.*, p. 119.

(2) Maury, thèse citée, p. 135.

(3) Plesnila, *op. cit.*, p. 122.

(4) Plesnila s'appuie pour bâtir cette solution sur la théorie des droits éventuels d'après laquelle tout acte juridique qui réunit déjà certains éléments primordiaux d'existence tels que le consentement, qui le distinguent nettement de

Cette obligation manquerait de base si celui qui doit restituer n'a pas été mis en possession de la chose, et c'est par la remise qu'elle aura un objet.

Cette théorie a également été combattue par Maury avec des arguments semblables à ceux qu'il a employés pour celle de Leduc.

Il nous semble que ces arguments sont parfaitement pertinents (1). L'éventualité en effet suppose, comme la condition, l'incertitude. Or, l'incertitude fait défaut ici, car il n'est pas exact qu'avant la remise, l'obligation de restituer n'ait pas d'objet. Cet objet existe, sans quoi l'obligation serait nulle. On peut donc contraindre le co-contractant à le livrer puisqu'on y a droit. Il n'y a pas d'impossibilité, mais il n'y a pas davantage d'éventualité, puisqu'il n'y a pas d'incertitude juridique.

Maury reproche à la théorie de Plesnila de faire de la dation un élément essentiel à la formation du contrat, comme la théorie classique, et de ne rien expliquer.

Mais que propose-t-il à la place de ces théories ?

Selon lui (2), les contrats dits réels peuvent être purement consensuels, les obligations accessoires de remettre et de rendre étant à *exécution successive* et se faisant *équivalents*. Mais cependant, il ne peut en être de même en matière de dépôt gratuit où il n'y a pas d'obligation de remettre. La dation seule ferait ici le contrat, parce qu'elle traduit seule la volonté du déposant en s'ajoutant à la volonté du dépositaire. Il y a donc pour ce cas, mais pour ce cas seul, contrat réel.

Mais comment expliquer les solutions du Code ? Il y aurait dans ses dispositions non une présomption légale comme certains ont voulu y voir mais une *simple interprétation de volonté*, les parties faisant habituellement de la prestation une condition de formation du contrat.

la simple expectative, mais à qui il manque cependant encore certains éléments essentiels qui pourront survenir par la suite, existe déjà.

Demogue, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1903 et 1906 ; Titulesco, thèse Paris, 1907.

(1) Thèse Maury, *op. cit.*, p. 127.

(2) Maury, *op. cit.*, p. 136.

Cependant, en présence de l'art. 1134 du Code Civil, c'est la réalité qui devrait être considérée comme l'exception. En principe tout contrat serait donc consensuel, sauf le dépôt gratuit où l'obligation de restituer ne se justifie que par la dation.

§ 4. — LE CONTRAT ESTIMATOIRE EST UN CONTRAT CONSENSUEL
RÔLE DE LA REMISE DE LA CHOSE

Que résulte-t-il de tout ceci ? Au fond qu'on n'a pas pu trouver une théorie complète des contrats réels considérés comme purs consensuels, puisque même suivant la thèse de Maury, qui se rapproche le plus de la solution, il faudrait considérer que le dépôt gratuit est encore subordonné pour sa formation à la dation, c'est-à-dire à un fait matériel, en dehors de l'intention des parties.

Mais il n'en résulte pas moins que l'existence des contrats réels semble inconciliable avec le grand principe moderne qui veut que seul le consentement oblige.

Devant ces incertitudes et ces contradictions, il nous semble maintenant que la solution de MM. Planiol et Ripert soit parfaitement justifié dans la pratique (1). Il nous paraît, en effet, jusqu'à plus ample informé, que l'on doit refuser le caractère de contrat réel à tout contrat qui ne l'a pas en vertu de la tradition sanctionnée par les textes, et cela quelle que soit sa nature que l'on puisse attribuer à la « réalité ».

Cette solution de prudence des éminents auteurs nous amène à refuser à la remise de la chose un rôle essentiel dans la formation du contrat estimatoire.

Ce rôle, elle a pu l'avoir en droit romain, où, pour rentrer dans les cadres de la procédure formulaire, il était nécessaire que notre contrat n'ayant pas une *causa civilis*, elle lui tienne lieu de cause efficiente, *de factum*, pour qu'il soit sanctionné conformément au vœu du jurisconsulte.

Mais, dans notre droit moderne, la cause n'est plus qu'un facteur psychologique, le but immédiat et direct que se propose celui

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome VI, p. 153.

qui s'oblige (1). Or, même en admettant, non la notion d'équivalence de Maury, mais celle plus exacte de contre-partie de MM. Planiol et Ripert (2), on ne peut voir encore dans la remise à l'époque actuelle un élément de formation du contrat.

En effet, dans notre opération, le recevant a en vue non la détention de l'objet pour elle-même, mais la possibilité d'écouler cet objet comme bon lui semblera et de réaliser un bénéfice. C'est là le but qu'il se propose, c'est là la contre-partie qu'il voit à son obligation de restituer ou de payer le montant de l'estimation. La remise n'est que le moyen de réaliser ce but, elle n'est qu'un agent d'exécution.

Le contrat estimatoire peut être et doit être, comme les autres contrats du droit moderne un contrat purement consensuel. Pourquoi vouloir le faire rentrer, ce contrat non spécialement réglementé, dans une catégorie exceptionnelle et à l'heure actuelle fortement discutée ?

Le contrat estimatoire n'a jamais été un contrat réel en droit romain, ni dans l'ancien droit. Si l'on avait reconnu en lui le rôle prépondérant et unique de la « res » dans sa formation, on se serait empressé de lui attribuer cette « causa civilis » qui aurait évité bien des discussions sur l'action qui devait lui compéter. Au contraire, il est curieux de constater que l'on a pensé surtout aux quatre contrats consensuels pour chercher à l'assimiler à une opération connue (D. XIX, 3, « de destimatoria », pr. ; D. XIX, 5, « de praescriptis verbis », 13 pr.).

D'autre part, on a toujours été d'accord pour le considérer comme un contrat synallagmatique. Il correspond à la définition d'« unanumon sunallagma » des Basiliques.

C'est donc un paradoxe de soutenir, comme Coviello, que ce contrat soit devenu réel dans un droit qui est gouverné au contraire par le principal de l'efficacité complète du consentement.

Si la remise de la chose était un élément essentiel en Droit romain, c'était, nous l'avons vu, pour des raisons qui lui étaient spéciales et qui n'ont plus aucune utilité maintenant.

Mais ce qui est essentiel maintenant, c'est comme pour tous les contrats, les quatre conditions de formation et de validité des conventions mentionnées à l'article 1108 du Code Civil :

(1) Capitant, Cause n° 54.

(2) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. n° 251 et 252.

Le consentement de la partie qui s'oblige ;
La capacité de contracter ;
Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;
Une cause licite dans l'obligation.

Du moment que l'objet existe et qu'il est suffisamment déterminé dans la convention, pourquoi ne veut-on pas que l'obligation de remise puisse être exécutée bénévolement, ou par contrainte légale ?

C'est cette obligation de remise et non la remise elle-même qui est un élément principal dans notre contrat. Elle n'est pas directement la cause de l'obligation alternative du recevant, qui, nous l'avons vu, a son fondement dans la possibilité d'écouler la marchandise sans contrôle, au prix et de la façon qu'il voudra. Mais elle seule permet l'exécution de cette obligation alternative, exécution qui est l'issue forcée de notre contrat.

Elle est sans conteste un élément nécessaire et un élément caractéristique du contrat. Elle est un élément caractéristique non pas parce qu'il ne se trouve pas dans d'autres contrats, mais parce que, sans cette obligation, il est certain que l'on n'aurait pas le contrat estimatoire, mais un autre contrat, et qui ne serait pas forcément un avant-contrat.

Ce pourrait être, par exemple, le contrat de commission ou le contrat de courtage, dans lesquels il n'est pas nécessaire que la personne chargée de la vente ait l'objet en sa possession. Il leur suffit, en effet, soit de montrer à la clientèle des reproductions photographiques, ou des échantillons, soit de faire visiter les magasins ou dépôts de leur commettant. Cela n'est nullement en contradiction avec la nature de leur contrat qui se concilie d'ailleurs très bien avec une exécution par correspondance. Le principal est qu'ils arrivent à la vente ou qu'ils mettent plus simplement les parties en présence dans le courtage, pour toucher la commission qui leur est due.

Le recevant du contrat estimatoire, lui, a une plus grande liberté d'action. Non seulement, il vend en son propre nom comme le commissionnaire, mais il livre également lui-même, il ne fait pas livrer. Du moment où la chose lui est remise, le remettant n'a plus aucun rapport avec lui. Il n'en a plus qu'en faisant valoir son droit unique, celui qui clôt pour lui l'opération par l'exécu-

tion de l'obligation alternative de restitution ou de paiement de l'estimation.

Mais justement parce que l'on ne peut concevoir cette obligation sans l'obligation corrélatrice de remise (qui n'existe pas en principe dans la commission), on doit considérer cette dernière non seulement comme un élément caractéristique, mais également comme un élément nécessaire de toute opération.

En réalité, ce n'est pas le fait matériel de la remise qui est essentiel, mais l'obligation de remise qui doit fatalement exister pour permettre l'existence de l'obligation de restitution. Elle est aussi essentielle que l'objet certain qui forme, suivant l'article 1108 du Code Civil, la matière de l'engagement, car elle en concrétise l'existence.

CHAPITRE III

L'Estimation Élément caractéristique et essentiel

Le second élément qui retient naturellement notre attention dans le contrat estimatoire est l'estimation de la chose destinée à être vendue.

Il semble bien qu'il y ait là également un élément caractéristique, de telle sorte que, si la chose venait à être donnée sans estimation, on aurait un tout autre contrat.

Les anciens auteurs n'en doutaient pas et en faisaient même un élément essentiel (1). Parmi les modernes, on peut citer Bertolini (2) et de Medio (3) qui soutiennent ce même point de vue. Cependant, Wendt (4) a prétendu le contraire en s'appuyant sur le fait que l'estimation ne se rencontre pas seulement dans notre contrat, mais également dans beaucoup d'autres.

Ce fait est parfaitement exact d'ailleurs. On peut trouver, en effet, une estimation :

a) dans la dot :

lois 10, 12 et 17 § 1, 18, 52, 69 §§ 7 et 8, D. XXIII, 3 ;

loi 11, D. XXIII, 5 ;

(1) Böhrer, *op. et loc. cit.*, § VII.

(2) Bertolini, *op. et loc. cit.*, p. 413.

(3) De Medio, *op. et loc. cit.*, p. 58, n° 1 et les auteurs qui y sont cités.

(4) Wendt, *loc. cit.*

loi 7 § 5, D. XXIV, 1 ;

lois 5 et 10, C. V. 12 ;

loi 1, C. V. 23 ;

Code Civil : art. 1551, 1552, 1559, 1564 et 1565 ;

b) dans le louage :

lois 3 et 54 § 2, D. XIX, 2 ;

Code Civil : articles 1805 et 1822 ;

c) dans la société :

loi 52 § 3, D. XVII, 2 ;

Code Civil : article 1851 ;

d) dans le commodat :

loi 5 § 3, D. XIII, 6 ;

loi 26, pr. D. XIX, 5 ;

loi 7 § 5, D. XXIV, 1 ;

Code Civil : article 1883.

e) dans le dépôt :

loi 52, D. XXIV, 1.

De ce fait, Wendt conclut que l'estimation n'est pas un élément caractéristique du contrat estimatoire, puisqu'il est commun à d'autres contrats. Il n'aurait que la valeur d'un élément accessoire, comme dans ceux-ci où il produit des effets divers sans changer la nature du contrat qui est toujours une dot, une société, un louage, un commodat ou un dépôt.

Il en résulterait que le contrat estimatoire ne perd pas son caractère propre sans l'estimation, et que, même en son absence, ce sera toujours un contrat dirigé vers un *vendendum dare*.

Cependant, l'estimation ne produit pas toujours les mêmes effets, et elle n'a pas constamment la même nature. Celle du contrat estimatoire n'est donc pas forcément une convention accessoire comme dans les autres.

Wendt répond à cela que l'importance et les effets de l'estimation dépendront toujours de la volonté des parties et que l'on peut réduire la question à une simple question de fait, à une interprétation de volonté.

Mais précisément, la volonté des contractants qui donne dans les autres contrats un caractère accessoire à l'estimation peut au contraire lui donner une importance particulière dans un contrat comme le nôtre qui tend à un « *vendendum dare* ». Et cette importance ne sera pas forcément variable suivant les cas. Il y

a tout lieu de supposer, au contraire, que la volonté normale des contractants en fera un élément primordial de nature à distinguer l'estimation du contrat estimatoire de celle des autres contrats.

Cela nous conduit naturellement à examiner l'importance variable du rôle de l'estimation dans les divers contrats où elle apparaît afin d'y décèler sa nature et de voir en regard celle qu'elle peut avoir dans notre contrat.

§ 1. — ESTIMATION « TAXATIONIS CAUSA »

C'est le cas où la volonté des parties établit d'ordinaire l'estimation dans le seul but de déterminer préventivement le montant du prix que devra payer celui qui reçoit dans le cas où la chose à restituer viendrait à être détruite ou détériorée par sa faute. Cette estimation est ainsi fixée conventionnellement au lieu de l'être judiciairement, d'avance et définitivement, au lieu d'attendre les événements qui justifieraient la « taxatio » du tribunal (1). Il y a là une véritable clause pénale, avec cette différence, toutefois qu'il ne s'agit pas là de dommages-intérêts, d'inaccomplissement ou de retard, mais d'un prix représentant la chose consignée, bien qu'il puisse être fixé arbitrairement.

On conçoit facilement que cette estimation, seulement destinée à assurer éventuellement la bonne exécution de l'obligation de restitution n'est qu'un élément accessoire du contrat auquel elle vient s'ajouter. Elle ne jouera, d'ailleurs, que par une circonstance qui lui est tout à fait étrangère.

Elle se rencontre donc, en général, dans les contrats qui peuvent donner lieu à restitution. Notre Code Civil en donne des exemples. Ainsi, dans le contrat de constitution de dot immobilière, l'article 1552 décide que : « *L'estimation* donnée à l'immeuble constitué en dot n'en transporte point la propriété au mari, s'il n'y a décla-

(1) Böhrer, *op. cit.*, § XVII et VIII, cite également un autre cas d'estimation « taxatonis causa », celui où une estimation est fixée pour indiquer au mandataire ou au commissionnaire pour combien une chose doit être vendue. Cas qui ne doit pas être confondu avec celui du contrat estimatoire où l'estimation vise seulement les relations entre le « tradens » et l'« accipiens », c'est-à-dire le prix d'abandon, et non le prix de vente qui lui reste toujours libre en principe.

ration expresse. » Dans l'article 1551, en cas de dot mobilière au contraire, la présomption est inverse : « Si la dot ou partie de la dot consiste en objets mobiliers mis à prix par le contrat, sans déclaration *que l'estimation n'en fait pas la vente*, le mari en devient propriétaire et n'est débiteur que du prix donné au mobilier. »

Il est bien évident que, s'il a été dans l'intention des parties que l'estimation de la dot n'opérait pas vente, l'estimation ne peut avoir, dans ce cas, qu'un seul rôle à remplir : elle est destinée à assurer la restitution de la dot, au moins par équivalent, en fournissant à la femme ou ses ayants droit une somme d'argent sous forme de dommages-intérêts, compensatoires en cas de perte ou de détérioration (1).

Dans une variété du louage, le bail à cheptel, l'estimation a également le même sens : article 1805 Code Civil « *L'estimation* donnée au cheptel dans le bail n'en transporte pas la propriété au preneur ; elle n'a d'autre objet que fixer la perte ou le profit qui pourra se trouver à l'expiration du bail ». Dans ce cas, elle ne sert qu'à déterminer les plus-values ou au contraire les pertes qui ont pu se produire dans le troupeau, mais toujours dans le même but qui est d'assurer une restitution intégrale et exacte.

L'estimation se rencontre également dans les cas similaires où il y a lieu, non pas à proprement parler à restitution, mais à rapport (article 922) : Ainsi, dans les donations entre vifs, toute donation d'effets mobiliers ne sera valable que pour les effets dont un état estimatif aura été dressé (article 948 Code Civil).

§ 2. — ESTIMATION « VENDITIONIS CAUSA »

Il y a des cas dans lesquels l'estimation de la chose en produit la vente par l'intention des parties, expresse ou présumée par la loi (2). L'estimation joue ici le rôle d'un prix dont elle a la fonc-

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. IX, n° 1089.

(2) La formule « estimation vaut vente » n'est pas tout à fait exacte. La femme en effet n'a pas le privilège du vendeur, mais une simple créance dotale garantie par son hypothèque légale. D'autre part, en matière immobilière, elle n'a pas d'action en rescision. L'estimation intervenant « *taxationis causa* » est en effet irrévocable. Mais il n'en reste pas moins que, par l'effet de l'estimation,

tion ordinaire. Qu'elle soit payée à une époque déterminée au lieu d'être versée au moment de la remise, cela n'a aucune importance. Cette époque sera d'ailleurs le moment où la restitution aurait dû être opérée. Celui qui reçoit la chose estimée dans un de ces cas, ne peut se libérer de son obligation en restituant la chose en nature, de la même manière que l'acquéreur ne peut restituer la chose achetée au vendeur, si au moment du paiement il change d'avis et ne veut plus de la chose. Il n'y a nullement d'obligation alternative, dans notre cas.

L'exemple le plus courant de ce genre d'estimation est, nous l'avons vu, dans la dot. Il en était déjà ainsi en droit romain : loi 1, 10, D. XXIII, 3 § 3 « Les noces s'étant donc accomplies, l'estimation des choses se parfait, et il se fait une véritable vente », § 4. « L'estimation est en effet une vente », 1, 5, C. V. 12 : « Toutes les fois que des choses estimées sont données en dot, le mari en devient le maître » ou bien le débiteur du prix, (*summae velut pretii debitor efficitur*).

Il en est de même dans les articles 1551 et 1552 de notre Code Civil, déjà mentionnés, en cas de dot mobilière, il y a présomption de vente en raison de l'estimation, à moins de déclaration contraire. En cas de dot immobilière, il faut, à l'inverse, une déclaration expresse pour que l'estimation transfère la propriété de l'immeuble au mari.

Mais il y a d'autres cas que la dot où l'estimation a pour rôle celui d'un véritable prix. Dans le Droit Romain, il y avait celui, non reproduit dans notre code, de la remise des *instrumenta fundi* par le bailleur au locataire (loi 1, 3, D. XIX, 2). Dans notre droit, il y a ceux du contrat de société et de constitution d'usufruit. L'article 1851 Code Civil dit en effet, que si les choses dont la jouissance a été mise en société sont des corps certains et déterminés qui se consomment par l'usage et qu'elles ont été estimées, *l'associé ne peut répéter que le montant de son estimation*, ce qui suppose nécessairement le transfert de propriété. Dans le cas d'usufruit, l'article 587 Code Civil décide que s'il « comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en

la propriété de la dot est transférée au mari. — Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. IX, Régimes Matrimoniaux, n° 1089.

servir, mais à charge d'en rendre de pareille quantité, qualité ou valeur, *ou leur estimation*, à la fin de l'usufruit ». Il y a là obligation facultative et non alternative (1), et de toute façon il y a transfert de la propriété (2). En droit italien, au contraire, cette faculté n'existe que lorsqu'il n'y a pas eu estimation. Si les choses ont été estimées, l'usufruitier doit de toute façon donner l'estimation comme le prix dans la vente (article 843 C. Civ. italien).

Il y a lieu de faire remarquer que l'estimation ne peut avoir lieu « *venditionis causa* » que dans les contrats dont la nature n'est pas en contradiction avec un transfert de propriété, tels que la société et la dot. Mais, dans ceux comme le commodat, le louage ou le dépôt, où il ne peut y avoir transfert de propriété, elle ne pourrait plus être une convention accessoire. Il n'y aurait plus deux conventions, l'une principale, l'autre accessoire, mais une seule. Elle changerait en effet complètement la nature du contrat en en faisant une véritable vente et il n'y aurait plus ni dépôt, ni louage, ni commodat, bien que les parties aient ainsi appelé le contrat qu'elles avaient conclu (3).

§ 3. — ESTIMATION « *TAXATIONIS CAUSA* » TRANSFÉRANT LES RISQUES A L'« *ACCIPIENS* »

Il y a, en troisième lieu, des cas dans lesquels l'estimation ne joue pas le rôle d'une simple taxation prévoyant des dommages-

(1) En ce sens, Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. III, n° 874, p. 810.

C'est en effet simplement le résultat habituel qui se produit en matière de transformation de choses fongibles : Req., 30 mars 1926, D. H. 1926, 217 :

« I. — Les choses non fongibles par leur nature peuvent devenir telles par la convention des parties.

« II. — La constitution de choses non fongibles avec estimation et autorisation pour l'usufruitier d'en disposer est soumise aux règles du quasi-usufruit dans les termes de l'article 587 C. Civ., et, en cas de non restitution des objets en nature, le quasi-usufruitier se libère en versant la valeur d'après l'estimation originaire. »

(2) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. III, n° 759.

(3) Il y a lieu de rappeler ici le pouvoir souverain d'appréciation des tribunaux au sujet des contrats non qualifiés ou mal qualifiés par les parties. Exemples de ventes déguisées sous le nom d'autres contrats : C. Civ., 25 juil. 1898, S. 90.1.64 (partage) ; Cass. Civ., 29 mai 1876, D. 76.1.361 (mandat) ; Cass. Ch. Réunies, 17 mars 1904, S. 1905.1.245 (louage) ; Req., 1^{er} juil. 1908, D. 1909.1.11 (échange) ; Req., 1^{er} mai 1912, D. 1913.1.297 (donation avec charge).

intérêts en cas de perte ou de détérioration par la faute du débiteur, et où d'autre part elle n'opère pas une vente, mais tient un rôle intermédiaire entre ces deux là. Ce rôle est celui de mettre le fardeau des risques et périls à la charge du débiteur. Mais tandis que la vente, cette responsabilité du cas fortuit est une conséquence naturelle de la règle « *res perit emptori* », elle est, dans notre cas, le résultat de la libre volonté des parties qui auraient très bien pu ne pas l'imposer.

Certains auteurs ont prétendu, au contraire, qu'il y avait là une estimation « *venditionis causa* » comme la précédente (1). Partant du principe « *res perit domino* » et raisonnant par « *a contrario* », ils concluent que « *dominus est cui res perit* ». Ils oublient que cette expression « *res perit domino* » vient du droit romain où la vente ne transférait pas la propriété par elle-même, mais obligeait seulement à : « *praestare rem* » ou « *vacuam possessionem tradere* ». Actuellement où il n'en est plus de même, la règle ne peut s'énoncer que sous la forme « *res perit creditori* ». C'est ainsi que l'article 1138 du Code s'exprime en disant que la vente « rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques ». C'est uniquement par suite de sa créance et non par son droit de propriété que cette conséquence se produit. Cela est si vrai que ce qui est décidé pour le cas particulier de la vente n'est que l'application du principe général énoncé à l'article 1302 du Code Civil et ainsi conçu : « Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte, si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fut en demeure. »

Il en résulte que, si la volonté des parties, expresse ou tacite, a voulu donner pour effet à l'estimation de transférer les risques au débiteur, on n'en doit pas conclure qu'il y a de ce fait transfert de propriété. L'estimation en effet ne sert pas à autre chose qu'à déterminer préventivement la somme qui devra être versée en cas de perte fortuite, sans recourir aux tribunaux. Il y a là une véritable taxation comme dans le premier cas, mais une *taxatio* qui aura néanmoins comme conséquence plus importante de décèler la volonté de transmettre la charge des risques au débiteur.

(1) Böhrer, *op. et loc. cit.*, parle de « *quasi venditio* »,

De toute façon, le recevant n'est pas, comme dans la vente, obligé uniquement à donner le prix fixé. Mais, au contraire, son obligation principale est de restituer la chose, et c'est seulement en cas de perte de cette dernière, qu'il a la faculté de donner à la place le prix de l'estimation.

Et il ne saurait pas plus y avoir vente sous condition suspensive que vente sous condition résolutoire. Cette vente sous la condition que la chose a cessé d'exister est, comme le dit fort bien Coviello (1) une absurdité logique et juridique (2). Au contraire, en effet, quand la chose périt, qui a été donnée en vente sous condition suspensive quelconque, la vente est nulle. D. XVIII, 6 loi 8 : ...« Quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio : quod si exstiterit, Proculus et Ocatvenus emptoris esse periculum aiunt : idem Pomponius libro nono probet. » La même règle est énoncée dans notre Code, à l'article 1601 : « Si, au moment de la vente, la chose vendue était périée en totalité, la vente serait nulle. » Il est bien évident, en effet, que la vente ne peut commencer à prendre vie du moment où on paie le prix, au lieu de restituer la chose, puisque, à ce moment là précisément, l'objet élément essentiel du contrat a cessé d'exister.

Nous pouvons donc affirmer que, dans notre cas, l'estimation a bien un caractère propre.

Les exemples d'une telle estimation se rencontrent dans le droit romain.

Dans la loi I, 54, § 2 D. XIX, 2, on lit : « Paul répondit : l'esclave estimé qui a été attribué au colon *deviendra aux risques du colon* et pour cela l'estimation de celui-ci mort doit être fournie par l'héritier du colon. » On remarque que le texte ne dit pas que le colon ou son héritier doit payer de toute façon le prix de l'estima-

(1) Corviello, *op. cit.*, p. 392.

(2) C'est pourtant ce que soutient Connani, *Comm. jur. civ.*, livre VII, chap. XI, § IV, à propos du louage : ... « Et l'estimation étant faite, il ne peut être question de vente avant que la chose soit détruite ou mise dans un tel état que le locataire ne puisse penser à la recevoir... cependant si l'estimation transfère en quelque sorte le risque aussitôt, elle ne transfère pas de même la propriété, que si la chose périt, ou soit trop détériorée, auquel cas il est payé au nom de celui auquel elle a été estimée qu'autant que s'élève l'estimation. » — De même, Mommsen, *Beiträge*, I, § 24, p. 276,

tion. Mais il est bien évident que si l'esclave est décédé, on aura une dette exactement comme si l'estimation avait été faite « *venditionis causa* » (1). Dans la loi 5, § 3, D. XIII, 6, relative au commodat, il est décidé que « si par hasard une chose estimée a été donnée, *tous les risques* doivent être supportés par celui qui reçoit et qui doit faire la prestation ».

C'est la même solution qui est donnée par l'article 1883 du Code Civil : « Si la chose a été estimée en la prêtant, la perte qui arrive, *même par cas fortuit*, est pour l'acquéreur. »

On trouverait d'autres cas d'une semblable estimation dans notre droit. Ainsi dans l'article 1822 relatif au bail à cheptel, il est décidé que « l'estimation du cheptel donné au fermier *ne lui en transfère pas la propriété, mais néanmoins le met à ses risques* », ce qui indique bien le rôle de l'estimation dans ce cas, laquelle par essence n'est pas « *venditionis causa* », mais a seulement pour effet de garantir des risques celui qui confie la chose

§ 4. — ESTIMATION TRANSFORMANT L'OBLIGATION EN OBLIGATION ALTERNATIVE. — CAS DU CONTRAT ESTIMATOIRE

Jusqu'ici, nous avons vu que, malgré les divers efforts produits par l'estimation, il n'y avait toujours qu'une obligation principale à la charge de celui qui reçoit. L'estimation ne produit à la rigueur qu'une obligation facultative à la charge de celui qui ne peut restituer l'objet confié, mais son obligation principale est toujours la restitution. Quant à la deuxième hypothèse, nous l'avons vu, il n'y a plus d'autre solution pour celui qui reçoit, après l'estimation, que le paiement de l'estimation. Il ne peut se contenter de restituer l'objet.

Il faut admettre un quatrième effet de l'estimation, qui lui donne une nature très spéciale : celui où elle a pour conséquence de rendre alternative l'obligation de celui à qui on remet la chose.

Ainsi en est-il un exemple dans les sources romaines, au sujet de la dot : L. 10, § 6 du D. XXIV, 3 : « Si les choses ont été données en dot, bien qu'estimées, il convient en vérité qu'ou l'esti-

(1) Chambon, *op. cit.*, p. 13.

mation ou la chose soient fournies ; si cependant cela a été ajouté (dans la convention). « lequel des deux veut la femme », elle-même choisit, si elle préfère demander la chose ou l'estimation. Mais s'il a été ajouté que c'était au choix du mari, le choix sera pour lui, ou si rien n'a été stipulé au sujet du choix, le mari aura la faculté d'offrir la chose ou le prix élevé s'il préfère. Car, comme il a été promis ou l'estimation ou la chose, il a le choix de la chose, il fournit l'une des deux. Mais si la chose n'existe plus, le mari doit de toute façon fournir l'estimation » (1).

C'est également le cas du contrat estimatoire et ce genre d'estimation peut exister dans tous les cas où on trouve une obligation de restitution, si telle a été la volonté des parties.

Aussi cette catégorie d'estimation appartenant également à d'autres contrats, on ne saurait pour cette raison même y voir la caractéristique du contrat estimatoire.

Cependant, dans l'estimation du contrat estimatoire se trouve une autre particularité qui ne se rencontre dans aucun autre contrat.

En effet, jusqu'ici, l'estimation n'est apparue, quels que soient ses effets, que comme une convention accessoire à la convention principale qui sans elle a toujours la même nature. Qu'il y ait ou non estimation, il y aura toujours une dot, un louage, un comodat, un dépôt, etc...

Dans le contrat estimatoire au contraire, l'estimation a un rôle très important et décisif. Elle sert en effet à déterminer l'objet et le contenu même du contrat. Sans elle, cet objet et ce contenu seraient tout autres : il n'y aurait pas contrat estimatoire, il n'y aurait peut-être même pas de contrat du tout. Elle est donc non seulement un élément caractéristique, mais également un élément essentiel (2).

Expliquons-nous. Cette particularité provient de deux causes, l'une subjective, provenant de l'intention des parties, l'autre objective, provenant de la nature même du contrat.

Quelle est, en effet, dans cette opération, le but envisagé par celui qui confie l'objet ?

(1) Il en résulte cette conséquence, que nous retrouverons dans l'estimation, que les risques sont pour celui qui reçoit.

(2) Coviello, *op. cit.*, p. 394.

Il veut uniquement convertir en argent une marchandise déterminée qu'il ne veut pas ou ne peut pas écouler lui-même, par la raison principale qu'il veut éviter de courir l'aléa ou le risque inhérent à toute négociation. Il préfère plutôt que de courir ce risque, s'assurer un prix certain et juste, qui ne sera pas discuté, et, en cas d'échec, être assuré de la restitution de l'objet.

Peu lui importe que la chose soit vendue à une personne plutôt qu'à une autre, à un prix minime ou exagéré, si l'« accipiens » l'a conservée pour lui ou l'a donnée à un tiers. Ce qui lui importe, au premier chef, est seulement d'avoir un certain prix, ou, à défaut, d'être sûr de la restitution de la chose ; il lui faut recouvrer « rem incorruptam aut aestimationem » suivant le texte fondamental (D. XIX, 3-1, 1, § 1). On comprend donc que la fixation de ce prix est un élément primordial du contrat, puisqu'elle seule réalise le but essentiel visé par l'un des contractants. Il est évident, d'autre part, que, si elle n'avait pas lieu, il ne pourrait pas y avoir contrat estimatoire, mais un tout autre contrat, tel que le dépôt ou la commission.

La cause objective provient de la nature même du contrat. Celui-ci est essentiellement, nous l'avons vu, un « vendendum dare ». Or, si la détermination du prix est nécessaire à la vente (1), elle ne peut manquer de faire défaut dans tous les contrats qui y conduisent (2).

Peu importe que cette fixation soit plus ou moins rigoureuse ; qu'elle soit dans une certaine mesure laissée à l'appréciation du recevant, qu'elle soit confiée à l'arbitrage d'un tiers, que l'on s'en remette au prix courant, etc... (3). Il y aura une estimation « incerta » comme disaient les anciens auteurs, mais il y aura tout de même une estimation.

(1) Article 1582 C. Civ. : « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à payer le prix. »

Article 1583 C. Civ. : « Elle est parfaite entre les parties et la propriété acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès que l'on est convenu de la chose et du prix, quoi que la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. »

Planiol et Ripert (*op. cit.*, t. X, n° 35) disent avec juste raison qu'il n'y a pas de vente tant que le prix n'a pas été fixé ; l'article 1583 est formel en ce sens.

(2) Coviello, *op. cit.*, p. 395.

(3) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. X, n° 36, 37, 38, art. 1591 et 1592 C. Civil.

Mais ce qu'il ne faudrait pas, c'est que cette fixation soit laissée à l'appréciation illimitée du recevant. Il n'y aurait plus alors de lien juridique obligatoire, ou du moins il n'y aurait de contrat réellement conclu que le jour où cette fixation aurait été opérée (1). Ainsi, il en résulte que l'estimation est un élément essentiel de notre contrat puisqu'il n'existe qu'autant qu'elle a été fixée et qu'elle est l'un des objets mêmes de ce contrat alternatif. Il en était certainement de même en Droit Romain, puisque l'action « *praescriptis verbis* » était qualifiée « *quae proponitur de aestimato* » et que le contrat était désigné (à défaut de définition complète) : « *cum res aestimata vendenda datur* ».

Elle apparaît également avec le même caractère dans les législations modernes qui s'occupent du contrat estimatoire : article 1086 du Code Civil autrichien ; article 511 du Code Général pour les Etats Prussiens, § 1291 du Code Civil du Royaume de Saxe, déjà cités.

D'autre part, c'est également un élément caractéristique, en ce sens que, dans les autres contrats, l'estimation n'a guère pour effet que celui d'être une « *taxatio* », une limite à l'arbitraire du recevant, une règle de conduite, tandis que, dans notre contrat, elle est véritablement sous forme de prix, un des objets mêmes de l'obligation de l'« *accipiens* ». Si elle n'existait pas, on aurait donc un tout autre contrat, c'est d'ailleurs la solution de l'article 1088 du Code Civil Autrichien. « Lorsque la chose est immobilière, ou bien que le prix ou le délai de paiement n'ont pas été fixés, le commissionnaire est considéré comme fondé de pouvoirs » et du Code Général pour les Etats Prussiens qui décide que « la remise à quelqu'un pour la vendre sans époque fixe de paiement ou de restitution, est simplement une affaire de commission. Il en est de même si on a déterminé l'époque de restitution mais non le prix » (articles 522 à 523).

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. X, au sujet de la fixation du prix laissé à l'arbitraire du vendeur, n° 36 ; *Idem*, Trib. Com., Le Havre, 12 janvier 1927, *Rec. Somm.* 1927, n° 2117 ; Douai, 15 mars 1886, D. 88.237 ; Cep. : Pau, 9 juillet 1888, D. 89.262 qui conteste la validité même de la vente.

CHAPITRE IV

Autres Eléments du Contrat Estimatoire

§ 1

Nous pourrions également indiquer comme éléments essentiels l'obligation alternative du recevant de payer le prix ou de restituer, et le droit du recevant de retenir le surplus de l'estimation retiré de la vente, mentionnés par Bertolini comme tels (1).

Mais, d'une part, nous préférons traiter de ces prétendus éléments en tant que caractères de notre contrat.

D'autre part, Bertolini lui-même avoue qu'il renonce avec de Medio (2) à considérer le droit au bénéfice comme un élément essentiel. Il y voit seulement une conséquence des limites dans lesquelles est circonscrite la seule obligation alternative du recevant (presster l'estimation et non le prix qu'il retire, ou restituer l'objet).

Coviello mentionne aussi comme qualité essentielle du contrat l'intention de « vendendum dare » (3). Nous ne croyons pas jusqu'ici qu'une intention puisse être un élément essentiel dans un contrat. Elle n'est guère qu'un moyen d'interprétation pour les tribunaux. Quelles que soient les intentions des parties, ce contrat existera toujours du moment qu'il remplit les quatre conditions prescrites par l'article 1108 du Code Civil. Or, aucune de ces conditions ne mentionne l'intention. Celle-ci est d'ailleurs un élément trop flou pour servir de base stable et permanente à un contrat déterminé. La loi en principe ne tient pas compte des mobiles qui ont pu faire agir les parties. Mais cependant l'intention peut être autre chose qu'un mobile. Pour les causalistes qui considèrent la

(1) Bertolini, *op. cit.*, n° 247.

(2) De Medio, *op. cit.*, p. 64-65.

(3) Corviello, *op. cit.*, chap. VII, p. 395.

cause comme le *but immédiat et direct* qui se propose celui qui s'oblige, l'intention pourrait bien être en effet la cause de l'obligation, à condition bien entendu qu'elle soit toujours la même.

Dans le contrat estimatoire, cette intention serait normalement pour le « tradens » celle de se défaire de la chose, et suivant Coviello, il n'y aurait pas d'autre moyen conduisant à ce but que la vente. D'autre part, celui qui reçoit la chose ne poursuit pas d'autre but que celui de s'en débarrasser également et doit avoir pleine faculté de l'aliéner. C'est cette intention que l'on doit toujours présumer quand il s'agit d'un commerçant, qu'il fasse ou non habituellement le revendeur, le regrattier.

Mais nous croyons que Coviello commet une petite erreur à cet égard. Le « dans » dans le contrat estimatoire poursuit en effet un but déterminé, celui de se défaire de la chose. Mais le moyen par lequel il réussira cette opération n'est pas toujours la réalisation de la vente par l'« accipiens ». Celui-ci, en effet, ayant pleine faculté de disposer de la chose, mais n'étant nullement chargé de vendre, peut également la garder pour lui, s'il y trouve intérêt, soit qu'il estime qu'il aura plus d'avantage à attendre un moment plus favorable, soit qu'il considère qu'elle peut lui servir à son usage personnel. Peu importe à celui qui a confié la chose. Ce qu'il a en vue au premier chef, la raison pour laquelle il a contracté, c'est l'exécution par l'« accipiens » de son obligation alternative de payer l'estimation ou de restituer. Or, dans la théorie qui voit dans la cause la contre-partie de l'obligation (1), il est certain que telle est là pour le « dans » la seule contre-partie par lui visée et en conséquence la cause de son obligation, quels que soient les moyens employés pour la réaliser.

D'autre part, quel est le but visé par celui qui reçoit ? C'est non pas exactement comme nous l'avons vu, celui de vendre la chose, mais d'une façon plus large avoir la pleine faculté d'en disposer à son gré, et de la retenir en besoin.

Dans la théorie de la contre-partie, il est certain que cette faculté est la contre-partie de son obligation et qu'elle est largement suffisante à la justifier et à la causer.

En réalité, par conséquent, ce n'est pas l'intention de « vendendum dare » qui est un élément essentiel dans notre contrat, mais

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VI, p. 348, n° 252.

les causes des obligations réciproques des contractants, causes qui sont différentes pour chacun et dont aucune n'a spécifiquement pour objet cette dation pour vendre.

Coviello a donc vu à tort dans ce qui n'est guère que le but économique de l'opération, un élément de validité.

Cependant, cette intention de « *vendendum dare* » qui se rencontre habituellement dans le contrat estimatoire peut être considérée comme un élément caractéristique en ce sens qu'elle sert à distinguer la « *datio* » de ce contrat de celle d'autres contrats, notamment des contrats réels dans lesquels se trouve au contraire l'intention d'« *utendum dare* » comme le *mutuum* et le *commodat* ou un « *custendum dare* » comme le dépôt, ou encore une garantie comme dans le gage.

§ 2

Il n'y a donc pas d'autres éléments essentiels dans le contrat estimatoire que ceux dont nous avons parlé.

Le droit romain ne requiert pas, du moins ce n'est pas mentionné dans les textes, l'existence d'un terme auquel celui qui reçoit doit accomplir son obligation alternative de restituer la chose ou de payer le prix.

Cette exigence d'un terme serait, comme le remarque avec juste raison Coviello (1) d'une grande utilité et plus convenable aux réalités commerciales. Elle existe d'ailleurs dans le *Landrecht* prussien (2), dans le Code Saxon (3) et dans l'Autrichien (4). Il en est de même, à l'heure actuelle, à défaut de réglementation codi-

(1) Coviello, *op. cit.*, p. 397.

(2) Code Général pour les Etats Prussiens, *op. cit.* Les art. 513 à 522 font partir les conséquences de leurs décisions du terme fixé.

(3) Code Civil du Royaume de Saxe, *op. cit.*, § 1293 : « Si un délai est fixé au cours duquel le dépositaire est autorisé à vendre la chose, celui qui a confié la chose peut seulement, après l'expiration du délai, exiger que le dépositaire rende la chose avec ses dépendances, accroissements et fruits perceptibles ou d'en payer le prix convenu. »

(4) Code Civil Autrichien, *op. cit.*, art. 1086 : « ...celui qui a donné la chose ne peut la réclamer avant l'expiration du terme ; mais celui qui l'a reçu est tenu à l'expiration du terme de payer le prix de vente fixé. »

tiée qui n'existe pas dans le Code Civil Allemand, dans les usages et règlements du commerce de la librairie allemande, qui se rapportent au « Troedelvertrag ». « Toutes ces prestations que le « libraire au détail doit ou peut fournir, dit Cosack (1), dans son « traité de Droit Commercial, doivent être exécutées dans le même « délai que celui pendant lequel le mandat (*sic*) de vente donné « au libraire au détail est irrévocable, c'est-à-dire jusqu'à la pro- « chaine foire de Pâques (Règl. Com. libr. 24-26, 30). Si le librai- « re au détail laisse écouler ce délai, sa situation juridique se modi- « fie. Il peut, dès lors, en effet, être contraint par l'éditeur d'acqué- « rir lui-même le livre, s'il n'a point encore été vendu, et d'en payer « de ses propres deniers le prix de librairie (Règl. Com. libr. « 30) (2). D'autre part, l'éditeur peut, s'il le veut, même encore à « ce moment réclamer la restitution du livre invendu » (renver- sement du droit d'option qui passe au bénéfice de celui qui a con- fié la chose).

Mais le terme n'est toujours d'après les principes généraux du droit, qu'un élément accidentel. Il peut parfaitement faire défaut sans que l'obligation cesse d'être valable pour cela si elle réunit toutes les conditions prévues par l'article 1108 du Code Civil.

Mais cependant, dans le silence des parties, que doit-on décider ?

Il est certain que celui qui a donné la chose ne peut avoir laissé entièrement à la discrétion de l'obligé la faculté d'accomplir ses engagements. Il ne peut être tenu d'attendre perpétuellement cette exécution sans pouvoir réclamer l'une ou l'autre des deux presta- tions auxquelles il a droit.

Ne peut-on invoquer une présomption quelconque de l'inten- tion des parties ?

Ici, il nous semble qu'il est nécessaire de faire une distinction.

La jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour considérer comme valables et n'établissant pas une condition potestative, mais un simple terme incertain, la clause portant que le débiteur paiera

(1) Cosack, *Traité de Droit Commercial*, traduit sur la 6^e édit. allemande (1903) par Léon Mis (préface de Ed. Thaller). Paris, V. Giard et E. Brière (1904-05), 2 vol. in-8°, t. II, S. 84, Librairie au détail, p. 296, § 7.

(2) Singulière situation que celle de ce mandataire mis dans l'obligation d'acquérir l'objet qu'il a été chargé de vendre ! Cette confusion, ce paradoxe juridique ne se conçoit que dans une réglementation pratique, mais il est éton- nant que les auteurs qui en ont traité n'en aient pas été frappés.

quand il voudra, ou quand il pourra (1). Mais dans le premier cas, l'obligation ne devient exigible qu'au décès du débiteur (2), tandis que dans le second cas, il appartient au juge de fixer suivant les circonstances l'époque de l'accomplissement (3).

C'est cette deuxième solution qui est appliquée lorsqu'il y a terme tacite, quand l'obligation est de telle nature qu'elle ne puisse être exécutée immédiatement parce qu'elle suppose l'accomplissement d'un travail. Les tribunaux ont alors plein pouvoir pour apprécier l'existence d'un terme tacite ; la durée du terme est alors déterminée par les juges d'après l'usage, ou les circonstances de fait (4).

Il est certain que nous ne pouvons nous rallier à la première hypothèse. Les parties, dans le contrat estimatoire, n'ont certainement pas voulu laisser une telle incertitude à l'exécution de l'obligation qu'elle puisse être liée à la simple volonté du débiteur. D'autre part, admettre qu'elle puisse être exécutée jusqu'au décès de ce dernier, enlèverait tout intérêt pratique à l'opération, surtout lorsqu'elle est, comme dans la plupart des cas, une transaction commerciale.

On admettra plus volontiers la solution adoptée pour les cas de clause « quand il pourra », et de terme tacite. Cependant, les raisons qui ont été invoquées pour ce dernier cas ne sauraient s'appliquer intégralement au contrat estimatoire. En effet, le défaut de liens de dépendance entre les parties ne permet pas en principe le contrôle du travail de celui qui s'efforce de vendre, mais n'a pas

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 303, p. 134 ; Malleville, sur l'art. 1174 ; Demolombe, *op. cit.*, XXV, 575 et 576 ; Colmet de Santerre, V, 94 *bis* II et 97 *bis* II ; Zachariae, § 302, note 9 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. II, n^{os} 969 et 970 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VII, n^o 999.

(2) Demolombe, XXV, 329 et 577 ; Toullier, VI, 498 ; Larombière, III, 1186, 5 ; Laurent, XVII, 176 ; Cf. : Paris, 15 mars 1823 ; D. rép., v^o Obligations, n^o 1262 ; Civ. Cass., 21 août 1850, S. 50.1.723 ; Paris, 11 mai 1857, S. 58.2.245 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, t. II, n^{os} 969-970.

(3) Argument tiré des art. 1900 et 1901 sur le prêt ; Larombière, *op. cit.* et art. 1174, n^o 5 ; Demolombe, XXV, 577 ; Laurent, XVII, 59 et 175 ; Bordeaux, 22 juin 1833, S. 33.2.547 ; Bordeaux, 7 avril 1838, S. 40.2.62 ; Besançon, 2 août 1864, S. 65.2.45, D. 64.2.180 ; Bordeaux, 6 janvier 1869, S. 69.2.136, D. Supp., v^o Obligations, n^o 503.

(4) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VII, n^o 1000 ; Bruxelles 26 juin 1861, *Pass. Belge*, 61.2.257 ; Bruxelles, 28 février 1844, *Pas. Belge*, 44.2.366.

été chargé de cette mission et n'a pas de compte à rendre comme un mandataire. On ne peut donc justifier l'intrusion du juge dans une vérification que le créancier lui-même ne pourrait pas faire. D'autre part, admettre que le recevant ne sera tenu d'exécuter son obligation alternative que lorsqu'il pourra le faire serait assez dangereux, parce que s'il n'a pas écoulé la marchandise au bout d'un certain délai, rien ne s'oppose cependant à ce qu'il puisse y arriver ultérieurement, avec un peu plus de chance, et sans même que son activité, pas plus contrôlable que dans le premier cas, puisse être incriminée.

Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que, dans notre contrat, l'issue de l'opération importe peu au créancier, qu'elle n'est pas forcément une vente, et que le débiteur peut garder la chose pour lui. Tout ce que peut attendre le créancier, c'est que celui à qui il a confié la marchandise prenne parti, soit pour la restitution, soit pour le paiement de l'estimation. A ce moment-là seulement, il pourra exiger l'un ou l'autre, à moins que le choix lui ait été laissé, et, dans ce cas seulement nous estimons que le créancier aura le droit de réclamer judiciairement la prestation qu'il aura choisie sans attendre la décision du recevant, mais après une sommation qui aura laissé au débiteur un délai raisonnable pour s'exécuter (1).

Mais, dans le cas le plus fréquent où le libre choix de l'alternative a été laissé au recevant, le créancier ne peut exiger immédiatement et directement l'exécution de l'obligation. Il faut qu'il attende la décision du débiteur qui ne peut être prise que lorsque ce dernier saura quelle pourra être pour lui la meilleure solution possible, ce qui dépend de circonstances tant psychologiques qu'économiques. Néanmoins, cette décision, il ne peut être contraint à l'attendre indéfiniment, et l'intervention des tribunaux peut parfaitement se justifier pour éviter les abus.

C'est d'ailleurs en faveur de cette solution que conclut M. Demogue (2) lorsqu'il dit : « Si dans un contrat, certains points sont laissés à l'arbitraire du débiteur, le juge peut, pour éviter les abus, fixer la solution raisonnable. En ce sens, l'article 1173 du Code italien (cité par Covjello sur ce point) dit que si un terme est

(1) V. g. Civ. Cass., 9 nov. 1846, S. 46.1.853 ; Bordeaux, 26 avril 1854, S. 55.2.109.

(2) Demogue, *op. cit.*, II, n° 738 (Rôle du juge dans la formation des contrats).

laissé à la volonté du débiteur, le juge peut établir un délai convenable. De façon générale, je dirai que *le juge peut fixer un délai raisonnable* à une personne pour s'exécuter ou *prendre parti* toutes les fois que la solution contraire serait un abus sérieusement préjudiciable à l'autre partie... »

C'est dans ces limites seulement que nous pouvons admettre l'intervention des tribunaux, qui n'auront pas ainsi à contrôler l'activité du débiteur.

Mais si ce dernier, malgré l'injonction judiciaire qui lui a été faite ne prend pas parti ? Et bien, dans ce cas, nous ne voyons aucune difficulté à adopter la solution du droit allemand énoncée par Cosack (cité plus haut). Il se produira un renversement du droit d'option, le débiteur étant en demeure. C'est d'ailleurs ce que décident très justement MM. Planiol et Ripert (1) en traitant des obligations alternatives en général : « Si le débiteur, en refusant d'exercer le choix, empêche l'exécution de l'obligation, le juge pourra sur la demande du créancier, fixer un délai, passé lequel, si le débiteur ne s'est pas prononcé, il choisira lui-même. » La même solution est donnée pour le cas où le droit d'option a été conféré au créancier.

Comme l'on voit, toutes ces considérations ne font que confirmer dans l'opinion que l'existence d'un terme n'est pas nécessaire à la validité du contrat, et que ce n'est pas là un élément essentiel, comme le dit fort bien Coviello.

§ 3

Il en est de même pour la convention d'une prime, récompense ou salaire à donner au recevant pour le cas où il réussit à vendre. Mais cette convention accessoire n'est jamais contraire au caractère de notre contrat, elle n'en altère pas la nature. Cependant, dans les sources, on dit à cet égard : « *Haec actio utilis est et si merces intervenit* » (2). Cette expression « *actio utilis* » a laissé croire que le contrat ainsi intervenu n'était plus le contrat estimatoire, mais

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VII, n° 1049 : Du choix.

(2) Livre XXXIV *ad Edictum*, Lenel Paling, vol. I, col. 1039, n° 2, et *Edit*, vol. 2, p. 16, n° 3.

un contrat analogue. En effet, techniquement parlant, une action concédée « *utiliter* » est généralement mise en antithèse avec l'action « *directa* » du contrat (1).

Mais le sens du texte est différent. L'expression « *utilis* » est employée dans un sens littéral, en antithèse avec « *inutilis* ». C'est-à-dire que l'action « *aestimatoria* » a lieu, même lorsqu'il a été établi une récompense. « *Utilis* » a en effet d'après le contexte la signification d'« efficace », « valide » et cela ressort nettement de la particule « et » qui ne se trouverait pas là si le jurisconsulte avait voulu parler d'une action « *utilis* » au sens technique (2).

Il est certain qu'une telle compensation se cumule avec l'éventualité du gain sur l'estimation. De Medio (3) mentionne et combat les quelques auteurs qui ont soutenu le contraire, c'est-à-dire que le recevant n'aura plus droit à l'excédent quand il aura été convenu en sa faveur un salaire. Il s'appuie justement pour justifier la théorie du cumul sur le passage que nous venons de voir : « *Haec actio utilis est et si merces intervenit* » (L. 2, D. XIX, 3). La conjonction « et » marque bien que l'on aura le même contrat même si l'on a convenu d'un salaire et que dans ce cas la même action s'appliquera.

Elle admet le cumul et non la différenciation. Nous dirons mieux : elle l'impose. Car si l'on admettait qu'il n'y avait plus qu'un salaire et non plus la chance d'un gain, tout élément aléatoire ne disparaîtrait pas du contrat estimatoire, mais il serait néanmoins beaucoup plus difficile de le distinguer des contrats voisins tels que le mandat, le louage, le dépôt, etc....

(1) En ce sens : Buchardi, *Sistema et Storia*, de D. R., § 265, n. 2 ; Chambois, *op. cit.*, p. 99 ; Pothier, *Pand. Justin.*, liv. XIX, titre III, note 1, qui croient qu'avec l'expression *actio utilis*, le jurisconsulte a voulu désigner l'action « *praescriptis verbis* ». Mais c'est une erreur : l'action « *praescriptis verbis* » ne peut s'appeler *utilis*, parce qu'elle a lieu justement à défaut d'actions « *utiles* ». — De même : Doveri, *Istituz di dir. rom.*, II, éd. Florence, 1866, vol. II, p. 124 et Brugi, *Istituz*, cit. p. 69, n. 3, p. 2, p. 129, qui parlent d'une action « *aestimatoria utilis* » pour obtenir la compensation convenue.

(2) Dans ce sens : Accursius, *Glossa*, ad. 1, 2 D. h. t. ; Fabro, *Rationalia in Pandectas*, V, ad. h. 1 ; Glück, *Erläut der Pandekten*, XVIII, livre XIX, titre III, § 1067 ; Windscheid, *Droit des Pandectes*, vol. II, p. 2 et 72 ; Coviello, *op. cit.*, p. 397 ; De Medio, p. 106 et 68-69.

(3) De Medio, *op. cit.*, p. 68-69.

CHAPITRE V

Caractères du Contrat Estimatoire

Sa nature spéciale

§ I

Ayant ainsi déterminé quels sont les éléments essentiels et les éléments accessoires du contrat estimatoire, nous pouvons, dès maintenant, en déceler les principaux caractères, et en délimiter ainsi les contours.

1. — Tout d'abord, le contrat estimatoire est un contrat *bilatéral*.

Nous avons vu, en effet, que ce contrat, comme la généralité des contrats, est parfait par le seul consentement. En conséquence, nous avons vu également que l'on devait admettre l'existence d'une obligation de remise à la charge de celui qui confie la chose. Chaque partie aura donc des obligations envers l'autre, puisque le recevant a, de son côté, l'obligation de restituer la chose ou payer le prix. Il en résulte, conformément à l'article 1102 du Code Civil, ce contrat sera synallagmatique ou bilatéral.

Au contraire, il serait unilatéral dans la théorie qui voit en lui un contrat réel, puis qu'il n'engendrerait des obligations qu'à la charge du recevant (art. 1103 du Code Civil). C'est dans ce sens que conclut naturellement Coviello (1). puisqu'il prétend que la remise de la chose n'est pas une obligation du contrat, mais un

(1) Coviello, *op. cit.*, chap. VIII, p. 398.

élément nécessaire à sa formation même. Cependant Coviello admet que le contrat serait bilatéral au cas où l'on aurait convenu d'un salaire. C'est la même transformation qui s'opère pour le mandat et le dépôt lorsque le mandataire et le dépositaire ont stipulé un salaire à leur profit (1).

Pour nous, nous n'avons pas besoin d'une pareille distinction : le contrat estimatoire sera toujours bilatéral ou synallagmatique, qu'il y ait un salaire ou non.

2. — Le contrat estimatoire est un contrat à titre *onéreux*.

Cela résulte de ce que l'obligation du recevant est limitée à la restitution ou au paiement de l'estimation. Même lorsqu'il n'y a pas de salaire prévu, le « regrattier » ayant la possibilité de réaliser un bénéfice par le surplus qu'il retire de la vente, ne fait pas ainsi une donation de son activité. Quant au grossiste, il est certain qu'il ne donne pas sa marchandise, puisqu'il exige une contrepartie en argent. Son prix d'estimation est généralement calculé d'ailleurs de façon à lui rapporter au moins un bénéfice minimum.

Ce droit au bénéfice pour le revenant résulte des textes du Digeste :

« Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut *quo pluris vendidisses, tibi haberes* » (L. 13 pr. D. XIX, 5 (Ulp. 3o ad sab.).

Mais il n'est nullement nécessaire que la concession de ce bénéfice à l'« accipiens » soit stipulée d'une façon expresse dans la convention. Elle est, au contraire, toujours sous-entendue (2).

3. — Le contrat estimatoire est un contrat à *obligation alternative* pour le recevant, mais pour le recevant seul, quelle que soit la partie qui a le choix de l'objet (3). Cela résulte de la phrase même d'Ulpien : « Aestimatio facit periculum ejus qui suscepit, aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere, aut aestimationem de qua convenit ». L'expression « *aut* » répétée indique bien l'alternative et non la simple faculté. Nous reverrons d'ailleurs la question plus loin quand nous étudierons les effets du contrat.

(1) Laurent, XV, n^{os} 323 et 433 ; Baudry-Lacanterie et Barde, I, n^o 14 ; Planiol et Ripert, t. VI, n^o 36 ; *Contra* : Aubry et Rau, IV, § 341, p. 470 ; Demolombe, XXIV, 23.

(2) Bertolini, *op. cit.*, p. 419, sur le texte cité.

(3) Coviello, *op. cit.*, fascicule I, vol. XVI, p. 8.

4. — Le contrat estimatoire est *commutatif*. Coviello (1) prétend qu'il est aléatoire à l'égard du recevant seul parce que celui-ci peut gagner beaucoup plus que le prix de l'estimation ou beaucoup moins ou aussi ne réaliser aucun bénéfice. Cette assertion est complètement erronée. D'abord, le recevant n'a aucune chance de perte que s'il le veut bien, puisqu'il n'est jamais tenu de vendre et à plus forte raison de vendre au-dessous du prix de l'estimation. le privilège du choix soit réservé au déposant. Mais, même dans Il a toujours, en principe, la possibilité de restitution, à moins que ce cas, il n'est pas forcé que le recevant vende un prix inférieur. Il n'aura donc fait aucun bénéfice s'il doit garder l'objet et payer le prix de l'estimation, mais il n'aura fait non plus aucune perte puisqu'il a dû considérer en contractant que le prix de l'estimation devait être le juste prix. Voir l'aléa dans la possibilité de faire un bénéfice ou de ne rien gagner du tout est une idée qui n'est pas exacte. En effet, vus sous cet angle, les contrats commerciaux qui sont pourtant en général presque tous commutatifs (sauf le prêt à la grosse aventure par exemple) seraient aléatoires puisqu'un commerçant a en vue en contractant un bénéfice, mais qu'il n'est pas forcé de réaliser.

Mais même en admettant cette idée, le contrat estimatoire n'est pas un contrat aléatoire, puisque l'aléa n'existe que pour l'une des parties. En effet, celui qui confie la chose n'a aucun risque, à courir, puisque de toute façon il recevra la chose ou le prix qu'il en a lui-même fixé. On peut d'autant mieux le dire que ce contrat, comme nous l'avons vu, est généralement utilisé pour éviter les risques à celui qui possède des marchandises mais préfère les faire écouler par d'autres.

Or, il est certain qu'un véritable contrat aléatoire doit comporter un aléa pour les deux parties. Cela résulte de la définition même de l'article 1104 du Code Civil :

« ...Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour *chacune* des parties, d'après un événement incertain, le contrat est *aléatoire*. »

L'article 1964 du même code ne contredit pas cette notion bien qu'il semble supposer que le caractère aléatoire ne pourrait exister que pour l'une des parties. Mais il n'y a là qu'une apparence, car,

(1) Coviello, *op. cit.*, p. 398.

en disant liminairement que « le contrat aléatoire est une convention *réciproque* », il marque par là même que les équivalents pour chaque partie doivent comporter les mêmes chances de gain et de perte. Sans cela, la réciprocité dont il fait état ne se comprendrait guère (1).

Nous devons donc, à l'encontre de Coviello, considérer le contrat estimatoire comme un contrat commutatif dans lequel « chaque partie s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce que l'on fait pour elle » (article 1104 C. Civil). Ce qui correspond d'ailleurs parfaitement à la notion que nous en avons donné jusqu'ici.

5. — Le contrat estimatoire est un contrat *civil*, mais pouvant parfois être commercial.

A première vue, le contrat estimatoire paraît avoir un caractère commercial puisqu'il comporte des travaux de médiation de la part du recevant et l'espoir d'un bénéfice. Mais ce bénéfice peut très bien ne pas exister, il n'est pas une conséquence nécessaire du contrat. D'autre part, la médiation n'est pas un critère infaillible pour déceler dans un contrat la nature commerciale de l'opération.

Le contrat estimatoire du reste n'est pas mentionné dans l'énumération des articles 632 et 633 du Code de Commerce parmi les actes qu'ils réputent actes de commerce. On ne saurait assimiler notre convention à une entreprise de commission, puisque l'entreprise suppose par elle-même la répétition de plusieurs actes de même nature. On ne pourrait pas plus la considérer comme un achat pour revendre. En effet, comme le fait remarquer Vivante (2) : « il n'y a pas de raisons économiques de le faire parce que celui qui achète une marchandise pour la vendre assume le risque de la dépréciation, tandis que celui qui reçoit la marchandise pour la transmettre à un acheteur, s'il en trouve un, n'assume pas ce risque ; il n'y a pas de raisons juridiques, parce que celui qui reçoit

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, IV, § 341, p. 472, note 5 *septies*^o ; Capitant, *Cause*, n^{os} 18 et s., 99 et s. ; Kahn, *La notion de l'aléa dans les contrats*, thèse, Paris, 1924, n^{os} 73 et s., n^{os} 35 et s. ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VI, n^o 49, note 1 ; Trib. Civ., Rouen, 6 juillet 1925, *Gaz. Pal.*, 22 oct. 1925.

(2) Cesare Vivante, *Traité de Droit Commercial*, trad. sur la 3^e éd. ital. par Escarra, 1910, t. I : Les commerçants, p. 146, n^o 51 ; *Trattato teorico pratico di Dir. Commerciale*, I, § 12.

la garde de la marchandise n'a pas l'intention d'en acquérir la propriété, qui passera, si l'affaire se poursuit, au tiers acheteur. »

Nous concluons donc avec lui, qu'on ne peut ranger parmi les actes *objectifs* de commerce le contrat « par lequel quelqu'un donne à un autre une chose à vendre pour un prix déterminé avec l'obligation ou de restituer la chose ou d'en payer le prix ».

Mais si l'opération envisagée ne peut rentrer dans aucune des catégories énumérées par le Code comme actes de commerce par eux-mêmes, elle peut le devenir en raison des circonstances. En effet, l'article 632 § 6 considère comme ayant le caractère commercial « toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ». Or, il est certain que la transaction que réalise le contrat estimatoire est pratiquée couramment par des commerçants : libraires, bijoutiers, brocanteurs, fripiers (Trödler en Allemagne), de même qu'elle l'était déjà à Rome par les « *circitores* » ou les « *scrutarii* ». Et le grossiste est aussi bien commerçant que le détaillant à qui il confie l'objet. Nous devons donc considérer que cette opération constitue uniquement un acte *subjectif* de commerce, puisqu'elle ne sera commerciale que si elle est accomplie par des commerçants (1).

Mais, en principe, la nature objective du contrat est civile, et c'est ainsi que la considèrent d'ailleurs les législations prussienne, autrichienne et saxonne.

§ 2

Ayant ainsi reconnu quels sont les caractères principaux et distinctifs du contrat estimatoire, nous pourrons ainsi plus facilement en déterminer la nature.

Il nous semble bien que nous sommes en présence d'un contrat de nature spéciale, distinct de tous les autres. Cependant, la discussion sur ce sujet n'est pas encore close, elle mérite une étude plus approfondie.

Nous avons vu que cette discussion avait commencé dès les jurisconsultes romains. Déjà Ulpien y faisait allusion dans les deux textes principaux : L. 1 D. XIX, 3 et 1. 13 D. XIX, 5. On

(1) Cesare Vivante, *op. cit.*, ; Coviello, *op. cit.*, p. 399.

avait envisagé alors, pour rattacher l' « aestimatum » à un contrat nommé successivement la vente, le louage, le mandat et même la société.

La raison de cette discussion et de la solution préférée est donnée par Fabro (1) dans ces termes : « Le péril fut grand de voir « un mauvais choix de l'action. Car en effet, le demandeur qui « à tort et fausement actionnait, succombait dans son action. « Il poursuivait à tort également celui qui dans le cas où il était « certain qu'une action quelconque était donnée, bien que provenant d'un contrat civil, choisissait quand même celle là qui « ne convenait pas. C'est certainement pour cette raison, afin de « lui éviter le risque, qu'il fut nécessaire d'introduire par les prudents une action praescriptis verbis, qu'il était toujours plus « sûr de choisir afin que le demandeur n'échoue pas. »

C'est cette raison de procédure, qui, nous l'avons déjà vu, détermina les jurisconsultes romains lesquels étaient avant tout des gens pratiques et ne cherchaient pas à bâtir une théorie. Mais fut-elle leur unique raison, et ne virent-ils pas de différences entre le contenu juridique du contrat estimatoire et celui des autres contrats auxquels ils le comparaient ? Cela apparaît au contraire, du texte même d'Ulpien au D. XIX, 5, 1, 13, où il repousse le mandat parce qu'il est gratuit et la société parce que le « dans » reçoit non pas les bénéfices d'un associé, mais un prix certain. Si les raisons de l'exclusion des autres contrats tels que la vente et le louage ne sont pas données, cela ne veut pas dire qu'elle n'avaient pas été envisagées. Ce serait, en effet, faire injure aux jurisconsultes romains, comme le remarque fort bien Coviello (2) que de croire qu'ils auraient jugé utile de créer une nouvelle action, ou plutôt un nouveau genre d'actions, pour un rapport juridique donné, s'ils avaient trouvé le plus minime lien d'analogie avec un autre déjà connu et réglementé.

Cependant, c'est cette raison d'ordre processif qui a surtout frappé les interprètes. Or, cette raison ayant disparu, ils ont considéré que les obstacles à l'assimilation disparaissaient de ce fait, et ils n'ont pas voulu envisager les considérations de fond qui avaient certainement inspiré les jurisconsultes antiques mais

(1) Fabro, *Rationalia in Pandectas*, vol. V (19, 3 ad. 1, 2 de aestimatoria).

(2) Coviello, *op. cit.*, p. 400.

qu'ils n'avaient pas cru utile de développer, considérations qui pouvaient rester toujours valables.

Il en est résulté une plus grande confusion encore qu'autrefois, car chacun a son système.

C'est ainsi que certains considèrent notre convention comme une vente conditionnelle (1), d'autres comme un mandat ou un louage, selon qu'il y a ou non récompense, comme Brunne-mann (2), ou encore un contrat de nature mixte comme Schilter (3).

Enfin, certains y voient un véritable louage d'ouvrage (4) et d'autres un contrat de commission (5).

C'est pourquoi il nous a paru nécessaire, avant de conclure, d'examiner successivement tous ces contrats en regard de l'opération envisagée et de voir les raisons actuelles de repousser ou d'admettre l'assimilation.

Nous pourrons alors étudier, suivant la solution adoptée, les effets de la convention dont nous avons déjà relevé les caractères et les éléments essentiels.

(1) M. Thaller notamment dont nous examinerons la théorie dans le chapitre suivant.

(2) Brunne-mann, *Comm. ad Pandectas*, livre XIX, titre III, écrit : « et raisonnablement, je ne vois pas de raison pour laquelle ce contrat ne pourrait être appelé un mandat, s'il intervient gratuitement, ou un louage s'il y a un salaire. »

(3) Schilter, *Praxis jur. Rom. ex. XXXII*, § V, déclare que « dans le respect des principes de celui dont il est question actuellement, c'est un mandat de vendre, ou, s'il intervient un salaire, c'est un louage ; en raison de l'effet de l'estimation c'est en vérité une vente » ; Spekhun, *loc. cit.*, § V, p. 6, soutient également qu'il y a mandat, louage ou société suivant les circonstances, car il ne veut pas voir dans notre contrat un contrat innommé.

(4) Van Weter, *Les obligations en droit romain*, t. II, VIII, Du Contrat Estimatoire, § 183 : ... « On peut appeler respectivement *commettant* et *commissionnaire* celui qui donne et celui qui reçoit la chose à vendre. Ce contrat constitue au fond un *louage d'ouvrage déterminé*, une *locatio operis* (rei vendendae) ». On voit combien cet auteur a de la suite dans les idées.

(5) Maynz, *Droit Romain*, vol. II, § 244, déjà cité : « Ce contrat..... ressemble à l'opération que nous désignons aujourd'hui par le nom de commission » ; Molitor, *Droit des obligations*, t. II, n. 752-753, sous le titre « De quelques mandats particuliers » en fait un « mandat de vendre », et dans le n° 290, il écrit : « Dans le contrat dit « *aestimatorius* », que nous appelons *vente sur commission*, l'analogie des risques et périls se décide par l'analogie qu'il présente tantôt avec le *mandat*, tantôt avec la *société*. » (N° 290 du t. I, p. 371).

CHAPITRE VI

Vente et Contrat Estimatoire

Différences avec la Vente

§ I. — VENTE PURE ET SIMPLE

Ulpien nous apprend au « *sedes materiae* » que l'on avait d'abord pensé à la vente, en raison de l'estimation contenue dans la convention :« fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio *propter aestimationem*... »

Mais nous avons déjà montré, dans le chapitre relatif à l'estimation, que celle-ci n'a pas un effet particulier et unique, qu'elle n'est pas toujours fixée « *venditionis causa* », mais peut-être, par exemple, fixée « *taxationis causa* » et peut remplir de nombreux offices comme celui de transférer les risques à l'« *accipiens* », qui n'ont pas de rapports avec la vente. On ne peut donc rien argumenter en se basant sur sa simple présence.

C'est pourquoi presque tous les auteurs anciens et modernes ont exclu l'hypothèse d'une vente. Leurs raisons varient, et elles ne sont pas toujours exactes. Ainsi, pour Paolo di Castro (1), l'idée de vente devrait être repoussée « car la chose ne fut pas livrée afin qu'elle reste toujours en possession du recevant et que celui-ci soit tenu à payer le prix ». Mais, dans aucune vente, le vendeur peut prétendre que la chose vendue restera toujours en

(1) Paolo di Castro, dans 2^e *Digeste Vet. Partem Comm.*, col. 139 (Aug. Taur., 1626). — La même raison est également soutenue par Giason del Mayno, 2^e *Dig. Vet. Part. Comm.*, col. 175 et Fabro, *Rationalia*, loc. cit.

possession de l'acheteur. Selon Coccejo (1) et Keller (2), la propriété n'étant pas transférée dans le contrat estimatoire, il ne pourrait y avoir vente. Mais il y lieu de faire observer que, dans le droit romain, la vente ne transfère jamais la propriété par elle seule, et que, dans notre droit moderne, le transfert de la propriété, s'il est une conséquence « naturelle » n'est néanmoins pas essentiel à la vente (3).

D'après Coccejo également et d'après Glück (4), la différence consisterait en ce que dans la vente, la volonté des contractants tend vers une aliénation à l'« accipiens » lui-même, tandis que, dans le contrat estimatoire, elle tend vers une aliénation à un tiers. Cela n'est toujours pas exact. Nous avons montré que cette intention correspondait au but économique de l'opération et non à la cause de l'obligation. Mais nous savons également que le recevant peut très bien retenir la chose pour lui, soit définitivement, soit pour la vendre plus à son aise ; que ce n'est pas contraire à la nature de notre contrat, et que si l'« accipiens » agit seul ainsi, le « tradens » n'a rien à dire, puisqu'il a touché le montant de l'estimation, objet de l'obligation (5).

La véritable raison, à notre sens, de la différence, est que le recevant a la faculté ou de payer le prix de l'estimation ou de restituer la chose (6). Or, la vente ne tend qu'au premier de ces résultats, elle n'a, en principe, aucun caractère alternatif : elle aboutit toujours à un paiement. Tandis que, dans le contrat estimatoire, le paiement de l'estimation n'est qu'exceptionnellement un effet de l'acquisition de la chose directement par l'« accipiens ».

(1) Coccejo, *Jus. Civ. Controversum*, livre XIX, titre III, § 3, § III, IV.

(2) Keller, *Pandekten*, § 354.

(3) Coviello, *op. cit.*, chap. X, p. 402 ; Aubry et Rau, t. V, § 391, n. 1, disent que si le transfert de la propriété est de la nature de la vente, il n'est pas de son essence ; Planiol et Ripert, t. X, section II, n^{os} 9, 10, 11 et 12 opinent dans le même sens.

(4) Glück, *Pandekten*, vol. XVIII, § 1065.

(5) En ce sens : Chambon, *op. cit.*, p. 96.

(6) En ce sens, notamment : Lauterbach, *Colleg. Pand.*, vol. I, livre XIX, titre n^o XIII ; Hellfeld, *Jurisprud. forens.*, § 1066 ; Buhl, *Das Conditionsgeschäft*, *loc. cit.*, p. 177 ; Coviello, *op. cit.*, p. 402 ; Bertolini, *op. cit.*, p. 406-407 ; de Medio, p. 20 et suiv. et plus spécialement p. 28 et 29.

Celui-ci n'a pas l'intention d'acheter, ce n'est que par accident et subsidiairement qu'il retient la chose pour lui. De toute façon, la chose pouvant être restituée à la *volonté seule* de celui qui l'a reçue, il ne saurait y avoir vente dans le contrat estimatoire (1).

§ 2. — VENTE CONDITIONNELLE

Mais si, la plupart des auteurs ont rejeté l'hypothèse d'une vente pure et simple, un certain nombre ont été tentés par l'idée d'une « *conditionalis venditio* ». Cette condition serait le choix que fait le recevant de payer le prix plutôt que de restituer la chose. Aussi, comme dit Schilter (*loc. cit.*) : « Au début, elle est considérée comme une vente en suspens ; quand le recevant paie le prix et ne rend pas la chose, la vente elle-même est réalisée. »

Cette opinion est également soutenue, avec quelques nuances, par Chambon (2), bien qu'en principe, il affirme qu'il n'y a pas à proprement parler vente avec condition ni suspensive ni résolutoire.

D'après cet auteur, la convention juridique en question peut prendre le caractère d'une vente, quand la somme de l'estimation doit prendre lieu et place de la chose, non dans le cas de perte, mais selon le choix volontaire du recevant. Dans le contrat estimatoire, il y donc un achat quand le recevant se résout à payer le prix de l'estimation, lequel assume ainsi le caractère du prix dans la vente. Selon Chambon, ce cas ne se différencierait en rien, par le résultat, de celui que les parties se sont proposées avec une vente sous condition suspensive. Ainsi serait l'achat que Chambon appelle conditionnel, et qui constituerait la nature du contrat estimatoire.

Coviello a fort bien réfuté ces théories dans son article sur la question (3).

(1) Nous repousserons la seconde raison donnée par Coviello (*op. cit.*) qui voit également une différence dans le fait que la vente est un contrat consensuel, tandis que le contrat estimatoire serait un contrat réel. Nous avons vu en effet que, vu la doctrine actuelle, il est impossible d'attribuer le caractère réel à des contrats auxquels le Code n'a pas reconnu expressément cette nature, et que d'autre part, le contrat estimatoire peut très bien se concevoir comme pur consensuel.

(2) Chambon, *op. cit.*, p. 76, 77, 78.

(3) Coviello, *op. cit.*, chap. X, p. 402 et suiv.

Comme il le fait remarquer excellemment tout d'abord, concevoir le contrat estimatoire comme une vente sous condition suspensive répugne aux principes admis tant par le Droit Romain que par le droit moderne. En effet, il est de règle, aussi bien maintenant qu'autrefois, que les conditions purement potestatives sont nulles (1). Or, de quoi dépendrait l'accomplissement de la condition sous laquelle la vente serait conclue ? Uniquement du choix que ferait le recevant de payer plutôt que de restituer la chose. Ici, comme nous l'avons fait remarquer, s'exerce son libre arbitre sans aucun contrôle. On aurait donc une vente sous la condition « si voluero », et cette vente serait nulle. Or, il est certain que les parties n'ont pas voulu faire un acte nul, et la jurisprudence ainsi que la doctrine veulent que l'on interprète toujours les conventions des parties de manière à ce qu'elles aient un sens et une efficacité.

Gardons-nous bien d'ailleurs de confondre la condition purement potestative s'appliquant à la naissance même, l'existence de l'obligation, et la fixation du terme laissée à l'appréciation du débiteur et qui n'affecte que l'exécution de l'obligation. Dans ce dernier cas, l'obligation existe dès le commencement et le débiteur ne saurait s'y dérober. Il a seulement la faculté de s'y conformer au moment qu'il juge opportun. Cette clause, nous

(1) Art. 1174 Code Civil. Art. 1070 Code Civil pour la définition de cette condition.

D'après MM. Planiol et Ripert, l'art. 1174 ne concerne que la condition suspensive. Nous verrons la question plus loin pour la condition résolutoire. (Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VII, n° 1028).

Ces auteurs admettent la parfaite validité de la condition purement potestative de la part du créancier. Il en résulterait donc dans notre contrat, qu'il y aurait vente au cas où le choix aurait été laissé à l'arbitraire du « tradens ». Ainsi, un contrat changerait de nature suivant qu'une clause accessoire aurait attribué le privilège du choix à l'un ou à l'autre des contractants. Cela nous semble difficilement acceptable juridiquement. Aussi, ajouterons-nous que, même dans ce cas, le contrat estimatoire ne saurait être une vente d'après l'intention même des parties. Il est certain que le « tradens » n'a jamais voulu transférer la chose à l'« accipiens » lui-même en la lui remettant. Il a voulu au contraire que ce dernier écoule la marchandise et qu'il serve simplement d'intermédiaire. S'il réclame l'estimation, qui n'est pas en réalité un prix de vente, mais une somme moyennant laquelle on « abandonne » la chose, c'est parce qu'il suppose que l'opération est réalisée ou qu'elle va l'être.

(De Medio, *op. cit.*, p. 35).

l'avons vu, est parfaitement valable, sous la restriction parfaitement admissible d'un certain contrôle des tribunaux afin d'éviter l'arbitraire.

De même, on ne saurait considérer le contrat estimatoire comme une vente sous *condition résolutoire*, bien que dans ce cas, la condition purement potestative soit admise. En effet, en cas de condition résolutoire, le contrat est considéré comme pur et simple jusqu'à l'arrivée de la condition. Les obligations réciproques d'acheteur et de vendeur existant dès le début, la vendeur pourrait à tout moment, même si le choix, comme il arrive presque toujours, était réservé à l'acheteur, exiger le prix de l'estimation, sauf ensuite à le restituer si l'acheteur voulait exercer son « jus disciplintiae » en restituant la chose. Evidemment, ce droit du vendeur « *pendente conditione* » semble inconciliable avec le droit que possède le recevant, pendant toute la durée du contrat estimatoire, de pouvoir donner à son choix ou le prix ou la chose.

Mais le même inconvénient arrive quand la liberté du choix est laissée au « *tradens* ». Supposons que ce dernier, après avoir remis la chose, exige le prix immédiatement, se considérant comme un vendeur. Puis, à l'expiration du contrat, se ravisant, et exerçant son droit d'élection, il réclame la restitution de la chose. Il aura donc eu ainsi la chose et le prix. Il devra donc restituer ce dernier, en toute équité. Mais rien dans le contrat estimatoire ne prescrit cette restitution, puisqu'elle n'est pas prévue, n'étant pas d'ailleurs de l'essence du contrat. Comment pourra donc agir le malheureux détaillant pour ne pas payer deux fois, une fois en espèces, et une fois en nature ? Pourra-t-il agir en invoquant l'enrichissement de l'indû ? Non, puisqu'il devait réellement si on le considère comme un véritable acheteur (1). Pourra-t-il invoquer l'enrichissement injuste ? Non, car, non seulement l'enrichissement, mais même l'appauvrissement ont une cause, puisqu'ils résultent d'une prestation ou d'un service effectués en vertu d'une convention liant les parties (2).

(1) Art. 1235 C. Civil : « Tout paiement suppose une dette ».

MM. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VII, n° 738, mettent parfaitement en lumière les conditions de la répétition de l'indû. L'existence d'une autre dette entre les parties ne peut être invoquée ici, puisque cette autre dette ne peut être une somme d'argent, mais la chose elle-même.

(2) Planiol et Ripert, *idem*, n°s 758 et 761.

Mais même en ne considérant pas ces conséquences extrêmes, il est évident que, si le contrat estimatoire n'était au fond qu'une vente sous condition résolutoire, cela serait en contradiction très nette avec le but économique de l'opération. Comme nous l'avons montré, celle-ci a pour but l'écoulement plus facile d'une marchandise par un intermédiaire qui n'entend pas en principe se l'approprier, et surtout qui ne tient pas à avancer le prix de cette marchandise avant d'avoir pu trouver preneur. Ce détaillant voit principalement dans l'opération l'avantage de ne pas être obligé de décaisser des sommes parfois considérables pour un stock qui risque de lui rester, et de gêner ainsi sa trésorerie au point parfois de s'endetter et de faire faillite. Au contraire, avec le contrat estimatoire, il a la possibilité de faire, sans risques, beaucoup plus d'affaires que ne lui permettraient ses moyens financiers. D'ailleurs, M. Thaller lui-même, écarte l'hypothèse de la vente sous condition résolutoire et voit, au contraire, dans notre opération une vente sous condition suspensive qui préserve tout autant les intérêts du fabricant (1).

Nous verrons d'ailleurs, sa théorie plus en détail.

Coviello repousse également la théorie de Chambon en montrant que le contrat de vente n'est pas de la substance du contrat estimatoire, mais qu'il n'est qu'un mode par lequel finit ce contrat. Un mode plus naturel et convenant le mieux à l'intention des parties que la restitution de la chose. Mais ce n'est pas le seul mode par lequel il peut finir puisqu'il peut également se terminer par la restitution de la chose. D'autre part, l'efficacité du contrat estimatoire cesse justement au moment précis où le contrat de vente serait supposé exister, c'est-à-dire au paiement de l'estimation. Si le contrat estimatoire n'était pas autre chose qu'une vente, il devrait rétroagir au moment même où il a été conclu. Or, cette rétroactivité n'a pas lieu d'après Chambon lui-même, qui ne fait partir la naissance de la vente supposée que du paiement du prix.

D'autre part, Chambon invoque, à l'appui de sa thèse, notamment la phrase d'Ulpien contenue au Digeste XXIII, 3, loi 10, d'après laquelle : « Si avant le mariage, les choses sont estimées, *cette estimation est quasi sous condition*. Car on a cette condition

(1) Thaller, *op. cit.*, p. 17.

« si le mariage s'en suit » : le mariage ayant lieu, l'estimation des choses s'accomplit et il s'opère une véritable vente », pour conclure que l'on appelle « *conditionalis venditio* », la dot estimée avant le mariage.

On voit aisément, d'après le texte lui-même, que Chambon fait une erreur : ce n'est pas la vente, mais l'estimation qui est « *quasi sub condicione* ». Cet auteur a substitué sans raison valable un terme à un autre ; et, selon Ulpien, la véritable vente, ce n'est pas l'estimation par elle-même, qui a lieu à la conclusion du contrat, mais celle qui « *perficitur secutis nuptiis* ». Il n'y a donc pas vente sous condition, mais vente au comptant au moment du mariage.

Coviello écarte également l'idée de l'avant-contrat (1). Celui-ci, en effet, n'a pour objet, comme nous l'avons vu, que la conclusion d'un contrat nettement déterminé (2). Or, il est certain que les parties ne pourraient pas faire dans notre hypothèse un avant-contrat de vente, puisque l'« *accipiens* » a le droit de préférer la restitution de la chose. Un avant-contrat qui aurait pour objet la conclusion alternative d'un contrat de vente ou d'un contrat de dépôt par exemple, suivant l'arbitraire d'une des parties, ne serait pas un avant-contrat, mais une simple éventualité, une « *punctuation* ».

Nous allons aborder maintenant un adversaire plus redoutable. M. Thaller, dans l'article cité en tête de cet ouvrage (3) et qui nous a été d'autre part d'un si précieux secours, conclut que « c'est donc, dans notre droit moderne, la vente sous condition suspensive qui doit l'emporter ». L'éminent juriste ne veut pas s'associer aux « scrupules d'Ulpien » et croit qu'on aurait donné à l'« *aestimatum* » plus de relief en lui communiquant très franchement le caractère de la vente. Il prétend qu'on aurait dû procéder avec plus de hardiesse, mais il avoue lui-même que la modalité dont serait affectée la vente « n'est pas très commode à préciser ».

Il analyse l'engagement du preneur de la façon suivante : « Je vous achète, dit le preneur tel nombre de marchandises et pour

(1) Coviello, *op. cit.*, p. 406.

(2) Llduc, *op. cit.*, p. 52.

(3) Thaller (E.), *Annales de l'Université de Lyon*. Mélanges Ch. Appleton, « A propos du contrat estimatoire », année 1903, page 17.

tel prix, à condition dans les trois mois (ou dans tel autre délai spécifié) d'en avoir trouvé le placement. » Condition qui, nous l'avons vu, est inexacte, puisque l'« accipiens » peut très bien n'avoir pas pu trouver le placement de la marchandise, et cependant la garder pour lui si cela lui plaît. Aussi, Thaller se garde bien d'en rester là ; il ajoute, parlant toujours au nom du preneur : « Comme je n'aurai pas à justifier de ce placement, la situation est la même que si la condition portait sur le fait par moi d'agréer les marchandises après un temps de possession, d'en agréer une partie et de repasser l'autre. »

Nous revenons donc au libre choix du recevant sous la forme de vente soit à l'agrération, soit à l'essai.

Mais, en réalité, l'assimilation n'est pas exacte. La vente « ad gustum » est subordonnée évidemment à l'unique convenance personnelle de l'acheteur. C'est pour cela que l'article 1587 C.C., considérant cette condition purement potestative, déclare :

« A l'égard du vin, de l'huile et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, *il n'y a point de vente* tant que, l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées. »

Dans ce cas, la chose est soumise à la disposition de l'acheteur pendant un bref délai « afin que celui-ci examine si elle lui convient, et s'il veut, en agréant cette chose, compléter le contrat « de vente qui jusque-là n'avait produit qu'un engagement unilatéral » (1). Dans ces conditions, il ne peut y avoir de vente soit suspensive, soit résolutoire, car il n'est pas né de la convention deux obligations. D'autre part, la vente « ad gustum » ne peut se concevoir que pour certaines denrées qui impliquent une convenance toute personnelle et non pour toutes les marchandises. La dégustation doit précéder la vente de peu, la mise en possession de la marchandise n'est pas même nécessaire. De toute façon, l'acheteur n'est qu'un acheteur éventuel, il n'a pas la propriété même conditionnelle de la chose pendant la période nécessaire à la dégustation.

Dans le contrat estimatoire, l'« accipiens », au contraire, doit posséder la chose et peut même la posséder pendant un temps assez long, quelquefois tant que le « tradens » n'aura pas récla-

(1) Demante et Colmet de Santerre, *Cours Analytique de Code Civil*, t. VII, n° 8 bis.

mé l'exécution de son obligation alternative. Car, dans notre convention, il y a une obligation pour celui qui reçoit dès la remise de la chose et même avant, dès l'échange des consentements. Et cette obligation n'est pas uniquement de restituer. La convention est parfaite dès le début, il n'y a pas un simple engagement unilatéral comme dans la vente avec faculté de dégustation.

L'assimilation avec la vente à l'essai paraît plus admissible. Dans ce cas, en effet, il y a réellement vente dès la remise de la chose. L'article 1588 du Code Civil dit expressément : « La vente à l'essai est toujours présumée faite sous condition suspensive. » L'essai joue donc bien le rôle d'une condition tandis que la dégustation n'est qu'une opération préliminaire à la formation même de la vente.

Ici, la vente est définitivement conclue dès le début (1). Mais, d'après Laurent (2) et Aubry et Rau (*op. cit.*), cette condition n'est pas purement potestative (sans cela, elle serait nulle puisqu'elle dépend du débiteur et qu'elle est suspensive). La chose a, en effet, une destination ; si elle convient à l'usage pour lequel elle a été faite, et achetée, l'acheteur ne peut la rendre au vendeur. S'il en était autrement, il y aurait promesse de vente et non vente. Si l'acheteur ne voulait pas prendre livraison après avoir procédé à l'essai, le vendeur pourrait provoquer une nomination d'experts, chargés de vérifier si la chose est susceptible de servir à l'usage en vue duquel elle a été achetée. Coviello fait justement remarquer, à ce sujet, que la condition ne dépend pas du caprice de l'acheteur, mais de la qualité objective de la marchandise (3). S'il s'agissait, au contraire, d'une qualité subjective, nous retomberions dans le cas de la vente « *ad gustum* ». Il résulte de ces considérations, que l'essai étant une condition « contrôlable », ne peut être comparé au libre choix du contrat estimatoire qui, nous l'avons vu, doit échapper à tout contrôle.

Mais M. Thaller excipe d'un autre argument. D'après lui, Ulpien, après avoir classé le contrat estimatoire parmi les contrats innommés dans le « *sedes materiae* », aurait changé d'avis et l'aurait considéré comme une vente. Cela résulterait d'une comparaison

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 349, p. 12.

(2) Laurent, *op. cit.*, t. XXIV, n° 148, § IV, De la vente à l'essai.

(3) Coviello, *op. cit.*, p. 403.

de deux textes, la loi 5 § 18, D. de *Tributoria actione*, XIV, 4, Ulp. 29 ad ed. et le § 41 I de rev. div. 2.1 des *Institutes* de Justinien. Ces deux textes contiennent le même principe : dans la vente d'une chose, si l'acheteur n'arrive pas à payer le prix fixé, ou ne donne pas garantie pour le paiement de celle-ci, ou si l'on ne fait pas de crédit à l'acheteur, le transfert de la propriété ne s'effectue pas en faveur de l'« accipiens » ; dans le cas contraire, la propriété est définitivement transférée à l'« accipiens ».

Or, si le premier texte est relatif au contrat estimatoire, le second est relatif à la vente. Donc, le contrat estimatoire n'est pas autre chose qu'une vente puisqu'il sont tous deux régis par un principe identique.

Ce raisonnement a toute la rigueur d'un syllogisme. Malheureusement, il est inexact dans un de ses termes. Nous avons vu, en effet, en classant les textes relatifs à l'« aestimatum », que le premier texte, la loi 5 § 18 D. XIV, 4, n'a absolument rien à voir avec ce contrat (1).

D'ailleurs, nous avons vu également que le principe invoqué n'est nullement le même que celui qui est énoncé dans la loi 17 § 1, D. « de praescr. verb. XIX, 5, qui est considéré par Thaller non seulement comme régissant le contrat estimatoire, mais même comme étant la règle décisive à l'encontre de la loi I, § 1 du « *Sedes materiae* » (2) et qu'il ne figure pas dans ce dernier.

Comme le fait très bien remarquer Palazzo (3), dont nous ne pouvons retenir malheureusement les autres arguments qui mentionnent des textes rejetés par nous comme ne concernant pas le contrat estimatoire : « ...Comment est-il possible d'arriver à admettre qu'Ulpien, qui écrivit de suite ses 81 livres du commentaire de l'Edit du préteur, aurait dans un livre *antérieur* de ses œuvres modifié une idée par lui exprimée dans un livre *postérieur* de ses mêmes œuvres. De deux choses l'une : ou la loi 5 § 18 n'est pas décisive pour déterminer la nature juridique du contrat esti-

(1) Ceci est confirmé par : Chambon, *Die Lehre Von dem Contractus Aestimatorius* (dans : *Beiträge zum Obligationenrecht*). I Band Iena, 1851 ; Friedrichs, *Troedelvertrag und conditions vertrag*, p. 1, n° 2, Breslau, 1890, cités par Palazzo (*op. cit.*).

(2) Thaller, *op. cit.*, p. 18.

(3) Dr. Gennaro Alfredo Palazzo, *Il contratto Estimatorio* (Note sur l'article de Thaller dans *Archivio Giurid.*, vol. 74 (an. 1905), p. 164.

matoire (et ceci est l'opinion déjà par moi exprimée), ou bien Ulpien voulait vraiment changer d'opinion. Aussi bien, si l'on accepte cette seconde hypothèse, on doit par conséquence logique arriver à retenir que l'opinion plus récente eu égard à celle énoncée en premier lieu et ainsi plus exacte du jurisconsulte romain, est fournie par le principium de la loi 1 D. de Aest XIX, 3 (prise dans le Livre XXXII *ad Edictum*) et non dans la loi 5 § 18, D. XIV, 4 (prise dans le livre XXIX du même commentaire sur l'Edit). »

Le contrat estimatoire ne peut donc être confondu avec une vente, ni au comptant, ni sous condition. Thaller lui-même, nous l'avons vu, ne sait pas préciser quelle serait la modalité sous-entendue dans cette vente.

D'autre part, en admettant la vente sous condition suspensive, on est amené à considérer qu'il y a eu deux ventes du même objet, l'une du « tradens » à l'« accipiens », l'autre de l'« accipiens » au tiers acquéreur. Or, ces deux ventes n'ont pu avoir lieu qu'en même temps, puisque la condition se réalise au moment précis où l'« accipiens » a trouvé un acquéreur, et bien que le précédent propriétaire ignore complètement sa survenance. Ce transfert contemporain *in solidum* de la propriété de la même chose en faveur de deux personnes différentes ne se conçoit pas juridiquement, ni même d'après la simple logique (1).

C'est ce que relève également Palazzo avec juste raison.

Nous concluons donc que l'on ne peut pas plus que dans le droit romain, et probablement pour les mêmes raisons, rattacher le contrat estimatoire à une vente sous quelque modalité qu'elle soit. Il s'agit bien d'un « vendendum dare », mais la vente se réalise dans la personne du client et non dans celle de l'« accipiens » qui n'a été qu'un simple intermédiaire ayant le pouvoir de vendre. Il n'a, en réalité, jamais été propriétaire de la chose, bien qu'il ait pu en avoir l'apparence auprès des tiers. Il ne le serait qu'au cas très rare où il voudrait retenir la chose pour lui.

(1) On admet parfaitement que l'acheteur sous condition suspensive peut disposer de la chose « pendente conditione » par un acte valable et que le second acquéreur se trouve par le fait de la rétroactivité de la condition avoir été propriétaire dès le jour de la vente consentie à son profit (Planiol et Ripert, t. VII, n° 1040). Mais dans ce cas, le premier acheteur n'a pu céder qu'un droit conditionnel au second, tandis que dans l'hypothèse de Thaller, il a cédé un droit pur et simple puisqu'il était propriétaire du fait même qu'il vendait.

Mais alors, dans ce cas exceptionnel, la vente n'intervient, dans l'intention même des parties, qu'au moment où on paie l'estimation qui devient alors un prix véritable. Au début de l'opération, rien n'aurait empêché, en effet, les parties, *si telle avait été leur intention*, de faire une vente entre elles, rien ne pourrait donc faire obstacle à ce que l'« accipiens » se fasse lui-même le tiers acquéreur de l'objet.

Mais il y aura eu dans ce cas en réalité deux contrats entre le « tradens » et l'« accipiens ». C'est ce qui arrive dans le cas du commissionnaire contre-partiste que nous étudierons plus loin.

Donc, dans le cas normal, l'intermédiaire n'est pas propriétaire et n'a d'ailleurs pas besoin de l'être. Mais de quelle sorte d'intermédiaire peut-il bien être? C'est ce que nous allons étudier dans les chapitres suivants.

§ 3. — LA JURISPRUDENCE

La jurisprudence, comme nous l'avons vu, (première partie, chap. II, conclut, en majorite, à la vente à condition.

Malheureusement ses considérations s'appliquent surtout à distinguer le « casus » des autres contrats et non à rechercher si l'on n'est pas là en présence d'un contrat non spécialement réglementé.

C'est ainsi que les décisions déjà citées :

Cassation, rejet, 22 juin 1860 (D. P. 60.1.471).

Toulouse, 9 juillet 1891 (D. P. 94.2.138).

Toulouse, 10 janvier 1906 (D. P. 1906.5.72).

Douai, 28 février 1905 (D. P. 1905.2.442).

Trib. Cor. Seine, 15 février 1898, (D. P. 98.2.88), écartent l'assimilation à un mandat ou à un dépôt, pour conclure à une vente généralement sous condition résolutoire.

Mais, même les motifs de ce rattachement sont très peu explicites et d'ailleurs les différenciations, comme nous l'avons vu, sont généralement basées sur des arguments juridiques inexacts.

Nous ne saurions donc faire état de cette jurisprudence pour accepter ou repousser l'assimilation du contrat estimatoire à la vente. Nous préférons nous en tenir, pour ce chapitre aux considérations de doctrine qui précèdent.

CHAPITRE VII

Différences avec le Louage

Le recevant du contrat estimatoire n'est-il pas un locataire. Il est certain que les jurisconsultes anciens eux-mêmes n'ont pas dû penser au louage de choses tant est évidente la diversité de la « locatio rei » et de l' « aestimatum » (1). Il en est encore ainsi de nos jours. L'article 1709 du Code Civil définit le louage de choses... « un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer ». Ce contrat a donc pour objet essentiel la jouissance personnelle de la chose (2), alors qu'il n'en est nullement question dans le contrat estimatoire qui, nous l'avons vu, a un objet tout autre.

Les autres différences principales sont les suivantes, dans le louage de choses :

- 1° pas de droit de disposer de la chose ;
- 2° obligation de restituer non alternative, c'est-à-dire ne permettant pas de remplacer la chose par l'estimation ;
- 3° paiement d'un loyer.

(1) Bertolini, *op. cit.*, p. 408, conclut dans ce sens et écarte sans discussion la « locatio rei » ; Coviello, *op. cit.*, chap. XI, p. 406 et Thaller, *op. cit.*, p. 14, ont cependant cru nécessaire d'étudier la possibilité d'une assimilation de cette sorte, assimilation à laquelle, malgré la brièveté des termes employés, le Digeste ne fait certainement pas allusion quand il dit « quasi rem vendendam locasse videor ».

(2) Guillouard, *Traité du Louage*, 3^e éd., t. I, n^{os} 9 et 63 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2^e éd., t. I, n^{os} 41 et 832 ; Laurent, t. XXV, n^o 2 ; Aubry et Rau, 4^e éd., t. XIV, § 363, p. 464.

Obligation essentielle, alors que la « merces » du contrat estimatoire n'est qu'exceptionnelle et est due par le « tradens » à titre de salaire et non pour compenser une jouissance.

Mais les « prudents » avaient certainement pensé à la *location conductio operis ou operarum* surtout quand il y a eu convention de « merces ». Ils ont rejeté ces deux hypothèses (1). En effet, les deux caractères essentiels du louage, qu'il soit louage d'ouvrage ou d'industrie, sont le paiement d'un loyer et l'exécution de l'ouvrage dans l'intérêt exclusif du « condutor » (2). Tandis que, dans le contrat estimatoire, ces deux caractères peuvent manquer, ils ne sont pas essentiels. Le recevant n'est nullement obligé à vendre, il n'y a aucun contrôle de son ouvrage qui n'est d'ailleurs pas déterminé. D'autre part, même quand il emploie toute son activité à vendre, celle-ci n'est pas gouvernée par le seul avantage de celui qui a donné la chose. Le recevant a autant d'intérêt à l'opération, bénéficiant du surplus de l'estimation, et ce stimulant suffit amplement à mettre en œuvre et à justifier cette activité.

La convention d'un salaire, nous l'avons vu, ne change pas la nature du contrat. Elle n'est pas essentielle. Elle ne crée pas ce lien de dépendance entre les parties, qui existe dans le louage. Elle n'est qu'une simple compensation aux dépenses ou à l'activité spéciale du recevant, mais elle ne l'oblige nullement à vendre. Elle ne crée aucun droit de contrôle.

Considérer le bénéfice résultant de l'opération comme un loyer semblable à celui que paie le patron à l'ouvrier ou le propriétaire à l'entrepreneur, serait une erreur encore plus considérable. Ce bénéfice a un tel caractère aléatoire, le profit à réaliser tellement incertain que l'assimilation ne peut se soutenir (3). Le loyer, en

(1) Voir pour l'assimilation au louage : Van Wetter, t. II, § 133, déjà cité.

(2) Art. 1710 C. Civ. : « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles. »

Nécessité d'un prix (Guillouard, *op. cit.*, t. II, n° 688, commandée par la définition de l'art. 1710 et la nature du contrat, synallagmatique par excellence. S'il n'y avait pas de prix, il y aurait mandat. De même pour l'intérêt exclusif du « conduttore » : Guillouard, *op. cit.*, n° 688 ; Aubry et Rau, 4^e éd., t. IV, 371 bis, p. 512.

(3) Chambon, *op. cit.*, p. 97-100 ; Buhl, *op. cit.* et *loc. cit.*, p. 177.

effet, est immanquable, il est de la nature même du contrat, à tel point que, s'il n'était pas stipulé, il n'y aurait pas de louage (1).

(1) Coviello faisant la même erreur que précédemment, ajoute encore (*op. cit.*, p. 407) que le contrat estimatoire est un contrat *réel* tendant vers une restitution, tandis que le louage est *consensuel*.

Nous ferons, au contraire, la réflexion inverse. Dans le louage, surtout le louage de choses, il y a toujours restitution de l'objet confié, tandis que le contrat estimatoire peut très bien ne pas se terminer par la restitution de la chose.

CHAPITRE VIII

Différences avec le Courtage

Nous dirons également quelques mots d'un contrat voisin du louage, mais qui se rapproche également du mandat, ce qui servira de transition. La fonction des courtiers, en effet, ressemble assez au genre d'activité du recevant dans le contrat estimatoire. On définit l'acte de courtage : « tout acte qui a pour but de préparer et de faciliter la conclusion d'un marché » (1). Mais il réside une différence essentielle entre les deux opérations. Les courtiers (2), dès l'ordonnance de Philippe IV, de janvier 1312, ne pouvaient faire des opérations pour leur propre compte et notamment faire commerce des marchandises dont ils étaient courtiers (3).

Cette prohibition a été reproduite formellement dans l'article 85 et sanctionnée par l'article 87 du Code de Commerce. Le courtier ne faisant que transmettre, d'un commerçant à un autre, la demande ou l'offre d'une valeur marchande quelconque, et son rôle étant achevé dès qu'il a mis les parties en présence (4) pour qu'elles puissent contracter directement, *ne pourrait donc contracter en son propre nom* (5).

(1) J. Fabre, *Des Courtiers*, Paris, 1883. 2 vol. in-8°, t. II, livre III, *Des Courtiers de marchandises libres*, section I, *Opérations*, n° 458.

(2) A Rome : Proxénètes (D. livre L, titre XIV), puis : Coratorii, coratearii, courratarii au début du Moyen-Age, courretier, de courratier sous les Anciens Consuls des Républiques Italiennes.

(3) Poucheville, Thèse de Doctorat « *Règles générales de la commission et du courtage en droit Français, précédées d'une étude sur le mandat en droit romain* dans : *Mélanges Valette*, n° 21, Paris, Moquet 1864, 2^e partie, chap. 1^{er}, section II « Historique ».

(4) Paris, 25 mars 1878, *Journal « Le Droit »*, 16 juin 1878.

(5) Alauzet, *Commentaire du Code de Commerce de la législation commerciale*, t. III, p. 23.; Bivort et Turlin, *Etude sur le courtage de marchandises*; Dela-

Au contraire, celui qui reçoit la chose dans le contrat estimatoire, outre qu'il n'est pas absolument obligé de prêter aucun service, s'il accomplit la vente de la chose, entre en rapports immédiatement avec l'acheteur *parce qu'il vend en son nom et pour son compte*.

D'autre part, il est toujours obligé envers celui qui donne à restituer la chose ou payer le prix, indépendamment du contrat qu'il a pu conclure. Celui qui reste étranger au contrat de vente n'est pas l'« accipiens », mais au contraire celui qui a confié la chose (1) pour qu'elle puisse être vendue.

Coviello (op. cit.) voit dans le contrat de courtage une subdivision du louage. Il est plus exact d'y voir un mandat. Suivant Poucheville (op. cit. p. 199), le courtier serait même revêtu d'un double mandat, puisqu'il représente au même titre les deux parties. Quoi qu'il en soit, les conséquences en sont que le courtier est tenu comme tout mandataire d'accomplir la mission dont il est chargé, dans les limites qui lui ont été tracées ; comme tout mandataire, il est également obligé de rendre compte de sa gestion (2). Or, dans le contrat estimatoire, nous avons vu, le recevant est entièrement libre d'agir à sa guise pendant tout le délai exprès ou tacite qui lui a été fixé. On n'exige uniquement que l'exécution de son obligation alternative, à l'issue de ce délai. Et son activité n'étant soumise à aucun contrôle, il n'a nullement à rendre des comptes.

Par contre, le courtier ne peut être garant de l'exécution des marchés dans lesquels il s'est entremis (3), tandis que le recevant du contrat estimatoire ayant contracté en son propre nom est responsable de l'exécution de ses marchés envers ses co-contractants dans les ventes qu'il a consenties.

Et cette dernière différence subsiste également quand le courtier est du croire, car, même dans ce cas, il ne répond pas des cas fortuits et de la force majeure (4).

marre et Lepoitevin, *Traité Théorique et Pratique de Droit Commercial*, t. I, p. 249 et s. ; Thaller, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 3^e éd, n^{os} 1098 à 1198 ; Mollot, *Bourses de Commerce, Agents de Change et Courtiers*.

(1) Coviello, *op. cit.*, chap. XI, p. 408.

(2) Art. 1993, C. Civil ; J. Fabre, *op. cit.*, n^o 474.

(3) Paris, 25 mars 1878, « *Droit* », 16 juin 1878.

(4) Fabre, *op. cit.*, n^o 489.

CHAPITRE IX

Différences avec le Mandat et la Commission

Beaucoup plus importante, nous apparaît la discussion sur l'assimilation du contrat estimatoire au mandat ou à la commission. Il existe en effet, beaucoup d'analogies entre ces contrats.

Nous parlerons, d'abord, ensemble du mandat et de la commission pour l'examen des principes généraux, sous le nom générique du mandat, dont la commission n'est qu'une application aux matières commerciales.

Puis nous consacrerons un paragraphe spécial à la commission, dont les traits particuliers semblent parfois se rapprocher tellement des caractères de notre contrat que beaucoup d'auteurs y ont été trompés.

§ I. — DU MANDAT

Tandis que, pour la vente et le louage, les anciens jurisconsultes ne nous avaient pas donné les raisons de leur décision d'écarter l'assimilation, pour le mandat nous avons au contraire le privilège d'une conclusion motivée. Nous avons vu, en effet, qu'Ulpien, dans le passage du D. XIX, 5, 13 pr. nous dit que « *placet neque mandati neque pro socio esse actionem ...quia et mandata gratuita esse debent...* » Nous avons vu que cette différence a disparu dans le droit moderne, même pour le mandat contrat civil (1). Mais, dès le droit romain, elle s'était déjà considéra-

(1) Art. 1986, C. Civil « *Le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire* ».

blement affaiblie. En effet, on avait admis parfaitement alors que dans certains cas, se rapprochant de la *locatio conductio operarum*, le mandataire pouvait exiger une compensation à son activité, par le moyen de l'action *mandati*, ou de la *cognitio extraordinaria*. (lois : 6 pr. 7, 26 § 8 du D. XVII, 1 ; lois 1 et 17 C. IV, 35).

Mais doit-on conclure de cette disparition de la différence entrevue dans l'antiquité qu'il n'y a plus maintenant aucun obstacle à l'assimilation ?

C'est ce que certains auteurs ont soutenu (1). En effet, les points de ressemblance sont troublants : le mandataire chargé de vendre ne reçoit pas la propriété de la chose, il est obligé à la restitution s'il ne parvient pas à vendre, sa mission a le même but économique que celui qui est poursuivi dans le contrat estimatoire : écoulement d'une marchandise pour le compte ou aux lieu et place d'un tiers. En outre, dans la commission, à la différence du mandat (2), mais comme dans notre contrat, le mandataire commercial agit en son nom propre, comme s'il était le maître de la chose et du marché, sa contre-partie ignorant la plupart du temps le nom et l'existence du commettant (3).

Une autre ressemblance existe également pour la commission dans le cas de faillite du commissionnaire où le commettant, tout comme le grossiste dans le contrat estimatoire, a le droit de revendiquer soit la chose, soit la créance du prix.

Mais cependant les différences encore actuelles ne laissent pas d'être considérables. Elles tiennent de la nature même des contrats envisagés, et, comme le dit Coviello (4), elles proviennent de leur essence.

Tout d'abord, le mandataire prend l'engagement de déployer son activité toute entière pour découvrir des acheteurs. Le recevant du contrat estimatoire ne contracte, nous l'avons vu, aucune

(1) Notamment : Mainz, *op. cit.*, vol. II, § 244 ; Molitor, *op. cit.*, t. II, n° 752 et t. I, n° 290 ; Baron, *Pandekten*, S. 307, (*mandatum meae et tuae gratia*).

(2) Art. 1984, C. Civil : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre personne le pouvoir de faire quelque chose *en son nom*. »

(3) Thaller, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 6^e éd., Paris, 1932, n° 1123.

(4) Coviello, *op. cit.*, chap. XII, p. 409.

obligation pareille. Comme le fait fort remarquer M. Thaller (1) : « Son correspondant n'est pas admis à lui reprocher son inertie, sa faible ardeur à amorcer la clientèle. Il a mis la marchandise en étalage, il ne l'y a pas mise, cela ne regardait que lui. »

D'autre part, « le mandataire se fait l'homme de son mandant ». Il doit lui remettre tout ce qu'il aura reçu en conséquence de l'exécution de sa charge, tous les profits réalisés sur la marchandise et « s'ils sont plus avantageux que l'ordre de vente ne le laissait paraître, l'excédent de prix obtenu reviendra au commettant ». Le mandataire ne peut que retenir la rémunération convenue tandis que le recevant de notre contrat profite essentiellement et intégralement du bénéfice réalisé entre le prix de la vente et celui de l'estimation, même si ce bénéfice est énorme (2).

Le mandataire doit, obligation primordiale, rendre compte des marchés passés avec les tiers. Le détaillant, au contraire, comme nous l'avons déjà fait remarquer à plusieurs reprises, n'a aucun compte à rendre. Quand il paie le montant de l'estimation, le grossiste n'a nullement le droit de lui demander si la marchandise a été vendue, à qui et pour quel prix, ou s'il a préféré la garder pour lui. Du moment que le détaillant effectue son obligation alternative, on n'a rien à lui demander d'autre, pas même si ses clients l'ont effectivement payé. La perte en effet sera pour lui et non pour le grossiste qui ne court pas le risque d'insolvabilité, à la différence du mandant qui ne peut que prouver la faute de son mandataire (Thaller, *op. cit.*) — en cas d'impayé, et encore faut-il une faute assez grave et relation de cause à effet exacte. A cet égard, au contraire, le recevant du contrat estimatoire étant tenu de toute façon de faire une prestation, soit la chose soit le prix, l'un à défaut de l'autre, répond de la force majeure.

Ces différences proviennent surtout d'une autre plus considérable. Dans le mandat, le mandataire agit toujours pour le compte et dans l'intérêt du mandant ou commettant. Dans le contrat estimatoire au contraire, celui qui a reçu la chose, la vend *pour son*

(1) Thaller, *op. cit.*, p. 13, dont nous nous sommes d'ailleurs inspirés largement pour cette partie, en raison de l'excellence de sa critique.

(2) Bertolini, *op. cit.*, p. 410 et p. 419. Le droit à l'excédent sur le prix provient de l'expression même d'Ulpien « *ut quo pluris vendidisses, tibi haberes* » au « *sedes materiae* ».

compte et dans son intérêt. Il en retire tout le profit, et, à part son obligation alternative, il n'a de charge d'aucune sorte (1).

L'hypothèse de *mandatum mea et tua gratia* entrevue par Baron (op. et loc. cit.) ne pourrait pas plus être acceptée, car tout le profit retiré de la vente revient au détaillant, tandis que le grossiste reste complètement étranger à l'opération et le bénéfice qu'il peut retirer de l'estimation provient du contrat estimatoire et non de la vente. (Coviello, op. et loc. cit.).

Thaller voit encore une autre différence provenant de ce que l'ordre de commission est toujours révocable, tandis que le grossiste ne pourrait pas ne pas respecter le délai exprès ou tacite qui a été imposé en demandant la restitution de la chose. Nous ne croyons pas que la différence soit si évidente que cela, car, lorsque le choix a été laissé à l'arbitraire de celui qui a confié la chose, il peut très bien la réclamer si aucun délai préfixe n'a limité sa liberté d'option, dès le lendemain même où il l'a remise.

De même, l'autre différence que voit Bertolini dans la rigueur plus grande des obligations du recevant dans le contrat estimatoire. Selon de Medio (2) cité par lui, « le mandataire se libère de toute obligation en gérant consciencieusement l'affaire objet du mandat, tandis que le recevant doit toujours répondre de l'estimation, à moins qu'il ne veuille restituer la chose, même quand il aura agi avec bonne volonté et rectitude pour réussir dans le but fixé ».

Mais, nous ne voyons pas en quoi cette différence est plus considérable que celle de la responsabilité des cas fortuits et de la force majeure que nous avons citée plus haut. Car, si l'« accipiens » n'a pu réussir la vente, mais qu'il n'ait pas perdu la chose, il pourra toujours la rendre, et ne sera pas tenu comme le mandataire de se justifier de son échec.

(1) Pour cette différence : Gluck, *op. loc. cit.* ; Chambon, pages 102, 103 ; Keller, *Pandekten*, § 354 ; Dernburg, *Preus, Privatrecht*, II, § 189 ; Buhl, *loc. cit.*, p. 173.

Contre cette différence : Voet, *Comment. ad Pand.*, ad. h. t. ; Joesius, *Comment. ad Pand.*, eod. n° 3 ; Schilling, *op. et loc. cit.*, qui se fondent sur la loi 13 D. XIX, 3, dans laquelle ils voient une circonstance spéciale (contra Bertolini, *op. cit.*).

(2) De Medio, *op. cit.*, p. 44.

Les différences que nous avons signalées nous paraissent donc suffisantes pour repousser l'assimilation du contrat estimatoire au mandat *in genere*. Voyons toutefois le mandat sous sa forme spéciale de commission dont les traits particuliers permettent au contraire du premier, plus d'un rapprochement, plus d'une hésitation.

§ 2. — DE LA COMMISSION

Une des meilleures définitions qui aient été données du contrat de commission, parce qu'elle est la plus complète, est celle de Delamarre et Le Poitevin (1). Elle est ainsi conçue : « Un contrat par lequel l'un des contractants donne le *pouvoir* de faire pour lui une ou plusieurs opérations de commerce *individuellement déterminées* à l'autre contractant *qui s'engage à les traiter et conclure*, soit sous un nom social ou dans le sien propre, soit au nom du commettant, et à lui en rendre compte.

Cette définition nous montre tout de suite la différence essentielle entre le contrat de commission et le contrat estimatoire. Dans le premier, celui qui reçoit la marchandise (il n'est d'ailleurs pas forcé qu'il soit en possession d'après la définition) est dans la dépendance totale de son commettant : il reçoit de lui *pouvoir*, il *s'engage* de son côté à traiter et conclure conformément aux instructions données, il doit *rendre compte*. En outre, l'opération envisagée est nettement déterminée, il n'a pas le droit d'en faire d'autres.

Dans le contrat estimatoire, au contraire, le pouvoir de disposer de la chose n'est pas limitatif, il résulte uniquement du caractère alternatif de l'obligation du recevant. Celui-ci ne s'engage à rien qu'à l'exécution de cette obligation. Il consacre son activité au but qu'il lui plaît, il n'a aucun compte à rendre, et peut faire toutes les opérations qu'il juge utiles sur les choses confiées, pourvu qu'à l'expiration du contrat, il les rende ou en paie la valeur estimée. Il est évident que les choses lui ont été confiées pour être vendues, mais ce n'est là, nous l'avons vu, que le but

(1) Delamarre et Le Poitevin, *Traité du Contrat de Commission*, t. 1^{er} ; Joubert, 1840, chap. 1^{er}, n° 32.

économique de la transaction et non la cause de l'obligation de l'une des parties.

Ces différences n'ont rien d'étonnant, car ces deux contrats n'ont pas la même origine historique. Comme le font remarquer les mêmes auteurs (1) « malgré un type analogique entre l'*institor* le *propositus* et notre commissionnaire, il est fort douteux que les Romains aient jamais connu la commission telle qu'on la pratique de nos jours ». Le point de départ du courtage comme de la commission est, comme l'a fort bien mis en lumière Huvelin (2), le *Conduit des foires*, qui a donné lieu au Moyen-Age, au contrat de commande que nous avons déjà mentionné dans l'introduction en parlant de l'article de M. Thaller. Mais, en plus, dans ce contrat de commande, le *muntius* qui reçoit la marchandise est souvent un préposé (Huvelin, op. cit.) ou un associé du marchand qui a confié son capital (3) ce qui éloigne encore plus toute l'idée d'assimilation avec l'« *aestimatum* ».

Le commissionnaire se ressent de ses origines. Il doit, puisqu'il est chargé de vendre, exécuter sa promesse avec toute la diligence que comporte une obligation rémunérée (4). Ce qui trompe, c'est qu'il a, vis-à-vis du tiers acheteur tout à fait l'apparence d'un vendeur dont il contracte d'ailleurs les obligations. Il semble maître du marché.

Mais ce n'est qu'une apparence, car les réalités sont bien différentes dans les rapports du commissionnaire avec son commettant.

Il ne saurait, en effet, en principe vendre à un prix inférieur à celui qu'il a reçu pouvoir de traiter. Cependant, le cours ayant fléchi, et la baisse devant s'accroître, il peut croire qu'il sauve-

(1) Delamarre et Le Poitvin, *Traité Théorique et Pratique du Droit Commercial*. Nouvelle édition comprenant dans un ordre nouveau l'ouvrage publié sous le titre « *Du contrat de commission ou des obligations conventionnelles en matière de commerce* ». Paris, Charles Hingray, libraire-éditeur, 1869, Avant-Propos.

(2) Huvelin (Paul-Louis), *Essai Historique sur le droit des Marchés et des Foires*. Université de Paris, Faculté de Droit, thèse pour le Doctorat, Paris, A. Rousseau, 1897, in-8°, 620 p., chap. XVIII, Usages Commerciaux, I, Les Echanges, p. 529.

(3) Silberschmidt, *Die Commenda*; Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, 3^e éd. de son « *Handbuch des Handelsrechts* », Stuttgart, 1891, 3^e partie, Auf. p. 259 et suivantes.

(4) *Droit Commercial*, Cours de licence, troisième année, 1931-1932.

gardera les intérêts de son commettant en traitant à ce prix plus faible. Dans ce cas, son mandat s'est transformé en gestion d'affaires, et il ne devra que la somme pour laquelle il a vendu.

Lorsqu'au contraire il a trouvé des conditions meilleures, il doit compte au commettant du prix complet, sans pouvoir garder la différence. Car le mandataire qu'il est ne peut intercepter aucune partie de l'affaire conclue pour autrui (art. 1993 C. Civil). A la différence du recevant du contrat estimatoire, son bénéfice est dans la commission et non dans un écart entre les cours des deux marchés (1).

Le commettant doit d'ailleurs être tenu scrupuleusement au courant des agissements de son commissionnaire non seulement pour l'avertir qu'il a rempli sa mission, mais également au cours de cette dernière.

Dans le contrat estimatoire, au contraire, celui qui a confié la marchandise ignore non seulement ce qu'on en fait dans l'intervalle, mais il ignore même souvent quand elle a été vendue et à quel prix. Le paiement de l'estimation ou la restitution ont souvent lieu, d'après les usages du commerce, à une date fixe qui peut être bien postérieure à la réalisation de vente par le détaillant.

De même, le grossiste ignore en principe le nom de l'acquéreur, tandis que le commissionnaire doit révéler ce nom à son commettant.

Ce commissionnaire, comme tout mandataire, de sa catégorie, répond de sa *faute très légère* (2).

Comment peut-on concevoir qu'il en soit ainsi du recevant du contrat estimatoire. Il n'a d'autre obligation que de restituer « *ipsam rem incorruptam* », ou de payer le prix de l'estimation. Du moment qu'il exécute l'une ou l'autre de ces prestations, on n'a rien à lui demander de plus. Et s'il ne restitue pas la chose

(1) Thaller, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 6^e éd., revue par Perceyrou, Paris, 1922, n° 1123.

Dans le même sens : Rép. Dalloz, *Commissionnaire*, n° 239 ; Demeuget et Peyronny, *Du mandat, de la Commission et de la Gestion d'Affaires*, t. II, (2^e éd.), n° 850 à 854, t. I, n° 279. qui parlent également de l'exécution à terme d'un ordre donné au comptant et qui soulignent l'obligation pour le commissionnaire qui se voit contraint d'excéder les bornes de ses pouvoirs d'en avertir son commettant et de lui demander avis et instructions.

(2) Delamarre et Le Poitvin, *op. cit.*, t. II, n° 220 ; Demeuget et de Peyronny, *op. cit.*, t. II, n° 769.

absolument intacte, on n'a pas à voir si c'est sa faute ou non, puisqu'il est tenu, fatalement des cas fortuits et de la force majeure comme nous le verrons d'ailleurs plus en détail.

C'est en effet, une dernière différence avec le commissionnaire qui, comme tout mandataire, peut se prévaloir des cas fortuits et de la force majeure (1). Il ne répond pas en principe de la solvabilité du débiteur, à moins qu'il ne soit *ducroire*.

Il y a dans ce dernier cas une analogie très vive avec ce qui se passe dans notre contrat. En effet, le commissionnaire *ducroire* répond de la solvabilité du débiteur, *même dans les cas de force majeure* et il peut être poursuivi dès l'échéance pour le paiement du prix *abstraction faite de la situation du débiteur*, et avant même la perte de la chose (2).

C'est ce qui a frappé plusieurs auteurs (3) qui ont vu là un lieu de parenté étroit entre les deux contrats.

Mais, même dans le cas de commissionnaire *ducroire*, les liens du mandat existent toujours, l'obligation de rendre compte existe toujours, de même que celle de se conformer aux instructions du commettant. D'ailleurs, il est bien rare qu'un commissionnaire soit *ducroire* de la totalité. En général, il n'est responsable que d'un tantième de la perte (10 % ou 20 %), car, s'il en était autrement, on serait forcé de lui allouer des taux de commission considérables en raison du risque couru.

D'autre part, lorsque la perte de la marchandise a été mise à la charge du commissionnaire, une autre différence surgit : le commissionnaire est tenu de payer la marchandise au plus haut prix qu'elle avait au moment de la perte, le commettant ne pouvant le contraindre à la payer au prix qu'il avait fixé pour la vente, par la raison qu'en certaines circonstances, il s'enrichirait aux dépens de son mandataire (4). Dans le contrat estimatoire, au contraire, le recevant est toujours tenu de donner le prix de l'estimation, quelles que soient les circonstances qui ont accompagné la perte et la valeur de la marchandise à cette époque.

(1) Domenget et de Peyronny, *op. cit.*, n° 770.

(2) Delamarre et Le Poitvin, *op. cit.*, t. II, n° 301 ; Domenget et de Peyronny, *op. cit.*, n° 780 ; Jurisprudence de Marseille, t. XI, n° 106.

(3) Mainz, *op. cit.*, vol. II, § 244 ; Molitor, Obligation, II, *op. cit.*, n° 752 et suivants.

(4) Domenget et de Peyronny, *op. cit.*, n° 768 ; Pardessus, t. II, n° 565 ; Dalloz, Rep. cod. v. n° 223.

§ . — LA JURISPRUDENCE

Ici, la jurisprudence nous apportera un peu plus d'éclaircissements que pour la vente.

L'arrêt de la Cour de Cassation, Chambre Criminelle, du 3 décembre 1892 (D. P. 93.1.265) est certainement celui qui cite le cas le plus typique de contrat estimatoire : « Le bijoutier qui, sous prétexte qu'il a à fournir plusieurs corbeilles de mariage, se fait remettre par divers marchands, une certaine quantité d'objets d'orfèvrerie, en vue de choisir ceux qui pourraient convenir à sa clientèle, et en s'engageant à payer ceux qu'il garderait et à restituer les autres dans le plus bref délai, commet un abus de confiance par violation de mandat, en détournant ces marchandises et en les revendant à un brocanteur moyennant un prix s'il s'approprie frauduleusement. »

Il est certain qu'en un cas de contrat estimatoire, comme celui-là contenant obligation alternative de restituer la chose ou le prix évalué, il ne saurait y avoir délit du fait de ne pas vendre aux clients supposés, mais à un brocanteur et de s'approprier le produit de la vente.

D'une part, en effet, nous avons vu que l'« accipiens » est absolument libre de disposer de la chose comme il l'entend. D'autre part, n'étant débiteur que de l'estimation, il ne saurait être tenu comme responsable, ainsi qu'un simple mandataire, de la non transmission à celui qui a confié la chose, du prix retiré de la vente.

Il s'agit tout simplement d'un débiteur qui ne paie pas. Il n'y a pas là matière à délit, mais à action civile.

Mais malheureusement, pour la matière qui nous intéresse, la décision n'est pas suffisamment motivée ; elle ne l'est même pas du tout, puisqu'elle n'indique même pas pourquoi il y a mandat dans ce cas plutôt que vente ou dépôt.

La raison en est sans doute que cette décision est de peu postérieure à une autre, rendue dans le même sens, mais plus importante, de la même chambre criminelle, et que nous avons déjà étudiée, celle du 18 décembre 1882, et qui a été commentée par M. le Conseiller Tanon d'une façon si intéressante pour notre sujet.

Cette décision a d'abord un premier intérêt, c'est qu'elle parle non pas de prix, mais d'*estimation* des marchandises confiées :

« Le commissionnaire qui reçoit de son commettant des marchandises pour les vendre doit être considéré comme un mandataire, alors même que ces marchandises auraient été, lors de la livraison qui lui en a été faite, facturée d'après une *certaine valeur estimative*, le commissionnaire devant garder pour son salaire la différence entre cette estimation et le prix éventuel de la vente. »

Nous voyons également que, comme dans le contrat estimatoire, le recevant a droit à tout le bénéfice qu'il retire de la vente qu'il réalise. Le Conseiller Tanon, dans son commentaire, fait bien remarquer à ce sujet que ce mode de salaire, bien que ne consistant pas comme d'habitude en un « tant pour cent » sur la valeur de la marchandise, n'est pas extraordinaire, que les parties ont le droit de le fixer comme elles l'entendent.

Mais, ce n'est pas à proprement parler le mode de fixation du salaire qui distingue le contrat estimatoire de la commission. C'est la différence de nature des liens entre les parties. Or, il est certain que, si le commissionnaire avait le droit de vendre le prix qu'il voudrait la marchandise confiée sans contrôle, et, en conséquence, de garder la différence pour lui, il ne s'agirait pas à proprement parler d'un salaire. D'autre part, l'obligation de rendre compte, qui est une obligation primordiale dans la commission, comme nous l'avons vu, disparaît en fait.

Or, de l'examen des circonstances exposées tant dans le corps de l'arrêt que dans le rapport, il ne résulte pas, bien au contraire, que le pseudo commettant ait eu le moindre droit de contrôle sur son pseudo commissionnaire. Ce droit de contrôle était si peut existant que l'on s'était demandé, comme dans les autres cas similaires, s'il n'y avait pas une vente.

Les premier juges avaient déjà repoussé cette hypothèse de vente, en disant qu'il était constant que, dans l'intention du grossiste, au moment de la remise des marchandises, la propriété de celles-ci n'était pas transférée, même conditionnellement au détaillant. Mais cette intention n'exclut pas du tout l'hypothèse du contrat estimatoire, puisque, dans ce dernier, il n'y a pas en principe transfert de la propriété du « dans » à l'« accipens ».

C'est d'ailleurs ce qu'a très bien compris l'avocat du demandeur dans ce pourvoi, en rappelant « la loi romaine » comme le dit le

Conseiller Tanon. Mais pourquoi cet éminent Conseiller exclut-il également le contrat estimatoire, dont il a été le seul à avoir envisagé l'application ? Tout simplement, nous l'avons vu, parce que le mandat peut ne pas être gratuit actuellement :

« On voit par là que notre convention, en droit romain, ne constituait nullement une vente, et que, si elle ne pouvait être assimilée au mandat, c'était à cause de la stipulation d'un salaire. Or, *cette objection disparaît précisément dans notre droit qui admet le mandat salarié*, lequel constitue, en matière commerciale, le contrat même de commission. »

Mais nous avons vu que cet argument n'a en réalité aucune valeur, car il y a d'autres différences entre le mandat et le contrat estimatoire que la gratuité des prestations.

Le rapporteur dit d'ailleurs, en rappelant les faits, que le pseudo commissionnaire avait reçu les marchandises « en vue d'un emploi déterminé, qui était le placement dont il avait parlé, ou à la charge de les rendre ».

Mais, même lorsque, comme dans le cas précédent, le détaillant se fait remettre les marchandises en disant qu'il en a le placement, cela ne veut pas dire qu'il s'engage formellement à assurer ce placement, ou du moins à y consacrer toute son activité. Dans le cas du bijoutier, il est certain que ce dernier ne vendra que s'il le veut bien, s'il estime que la vente sera assez rémunératrice pour lui, si le client lui paraît assez solvable. Son appréciation est toute personnelle. Dans le second cas, rien ne peut faire penser qu'il puisse en être différemment. Aucune restriction de l'activité du détaillant, aucun contrôle ne sont prévus.

Où est l'idée de mandat dans ces conditions ?

Il est certain, comme nous l'avons déjà signalé, que la solution a été largement inspirée de ce fait que le détaillant exerçait habituellement la profession de commissionnaire. Mais rien ne l'empêchait de conclure un autre contrat que celui qu'il pratiquait habituellement. Et il arrive fréquemment, comme nous le faisons remarquer dans l'introduction, que des commissionnaires, des courtiers, des représentants même, qui n'ont pas le droit de prendre les affaires de leurs commettants à leur propre compte, préfèrent se faire livrer les marchandises « à condition » dans certains cas avantageux, pour eux et moins périlleux. Puisque rien ne l'empêchait de s'appliquer à lui-même la marchandise s'il l'avait voulu,

sans prévenir même son co-contractant, comme dans le cas du commissionnaire contre-partiste, pourquoi faire un commissionnaire de celui qui a été en l'occurrence un détaillant écoulant les marchandises d'autrui, *mais pour son propre compte* ?

Dans un autre arrêt, de la même chambre criminelle, du 28 avril 1898 (D. P. 98.1.433), on opine également pour la solution du mandat. Mais, dans ce cas, la Cour de Cassation semble bien avoir raison. En effet, il s'agit d'un « individu auquel ont été confiées des marchandises qui lui ont été *remises à titre d'échantillons*, afin de lui permettre de les présenter à ses clients personnels et d'arriver par ce moyen à la vente d'un lot plus considérable de ces mêmes marchandises ».

Or, la remise de la chose, nous l'avons vu, est l'exécution d'une obligation essentielle du contrat estimatoire.

C'est elle qui permet au recevant d'exécuter son unique obligation alternative de restitution de la chose ou de paiement de l'estimation. Or, elle n'est pas du tout nécessaire dans le cas de la commission, où le commissionnaire, tout comme le courtier, peut opérer sur échantillons, et faire livrer par son commettant, comme c'est le cas envisagé.

Toutefois, en l'espèce, les échantillons devaient être assez considérables pour que l'on ait pu se demander s'il n'y avait pas eu vente.

Telle n'était pas l'intention des parties, dit l'arrêt. Mais, cependant, l'exclusion de la vente, comme nous l'avons démontré, ne commande pas l'exclusion du contrat estimatoire.

Cependant, étant donné l'allure économique de l'opération telle qu'elle est décrite, il semble bien qu'il n'y ait pas eu contrat estimatoire, même pour les échantillons. Car la remise de ces derniers n'a été faite que dans le but de les faire *présenter* par le détaillant à ses clients et d'arriver par ce moyen à la vente d'un lot plus considérable.

Dans le contrat estimatoire, au contraire, l'écoulement des marchandises confiées est envisagé comme un but définitif, se suffisant à lui-même.

Mais il y a des cas où il s'agit réellement d'un mandat, sous le couvert d'une opération très voisine de la nôtre.

Ainsi (Douai, 19 février 1900, D. P. 1900.2.483), le cas d'« un colporteur de journaux, auquel une société de courses a remis un certain nombre de programmes qu'il devait vendre à un prix

déterminé en prélevant une commission par chaque exemplaire vendu, les frais restant à sa charge, avec obligation de restituer les exemplaires non vendus, et qui, après avoir disparu le lendemain des courses *sans rendre aucun compte*, avise postérieurement le président de la société de courses du chiffre de la recette, du nombre des invendus et du *règlement qu'il a fait des porteurs chargés de la vente* ».

La Cour de Douai a estimé avec juste raison qu'il résulte de la déclaration du délinquant dans l'avis envoyé tardivement au Président de la Société des courses et ainsi conçu : « *J'ai payé les hommes* » (chargés d'opérer la vente), la présomption, sinon la preuve d'un mandat. Car ces mots « s'expliquent bien mieux de la part d'un mandataire *rendant compte* au mandant de ce qu'il s'est fidèlement acquitté de ses obligations, que de la part d'un acheteur n'ayant aucun compte à rendre au vendeur et tenu seulement de lui payer le prix convenu ».

Ce critérium de l'obligation de rendre compte, utile pour distinguer le mandat de la vente, est également exact, comme nous l'avons vu, pour distinguer le mandat du contrat estimatoire.

On trouve également des cas de mandat se rapprochant singulièrement de la consignation, mais qui n'en sont pas moins des mandats dans des décisions ultérieures.

Ainsi, l'Argus des Courtiers d'Assurances (2, rue de Château-dun, n° 2.535, 13 janvier 1929) évoque un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 2 novembre 1928, qui évoque pourtant une espèce où se rencontre le plus souvent le contrat estimatoire : il s'agissait d'un marchand de perles qui avait remis à une « courtière » des perles en la *chargeant* de les vendre à un prix *déterminé*. Le Tribunal a, avec raison, condamné la « courtière » qui n'avait pas restitué la totalité des perles, et cela sans égard à la modicité de son salaire de simple démarcheuse, parce qu'il a estimé qu'il y avait là un mandat et que l'on ne pouvait s'exonérer de cette obligation de restituer qu'en prouvant le cas fortuit ou la force majeure. C'est là, la grande différence avec le contrat estimatoire où le recevant ne peut même pas invoquer ce cas fortuit, puisqu'il est tenu d'une obligation alternative. Tandis que le mandataire, chargé de vendre, dans des limites déterminées, n'est obligé qu'à exécuter son mandat.

Enfin, un dernier cas peut être mentionné : C'est celui, évoqué par l'arrêt de la Cour de Cassation (Chambre des requêtes) du 26 décembre 1922 (§. 1923. 1. 338), dans lequel il s'agit d' « un objet d'art remis par un antiquaire à l'un de ses confrères, moyennant une somme payée comptant et la moitié du solde qu'en trouverait par sa vente l'antiquaire à qui il avait été livré ».

Là, en effet, se retrouve difficilement l'unique obligation alternative du recevant du contrat estimatoire de rendre la chose ou de payer l'estimation qui en a été convenue à l'expiration du contrat. On pourrait plus facilement prétendre à une société en raison du partage des bénéfices, s'il y avait également participation aux pertes, ce que nie d'ailleurs l'arrêt qui fait supporter seulement à l'antiquaire « chargé de vendre » la résiliation de la vente pour défaut d'ancienneté, en raison d'une « faute dans l'exécution du mandat ».

CHAPITRE X

Différences avec la Société

Les ressemblances du contrat estimatoire avec la société ont frappé les juristes dès le début. Si cette hypothèse n'est pas évoquée au « *sedes materiae* », elle n'en est pas moins discutée dans le texte corollaire du D. XIX, 5, 1.13 pr. En effet, comme dans la Société, nous avons deux personnes qui mettent quelque chose en commun, l'une la chose, l'autre sa propre activité, dans un même but : celui d'écouler la chose. Opération dont toutes deux perçoivent un profit : pour celui qui reçoit par le bénéfice réalisé dans la vente, pour celui qui donne, par le prix de l'estimation. On a ainsi les deux qualités objectives de la société ; la mise en commun des apports et le profit commun. Selon Accarias (1), la différence consisterait en ce que la Société implique par essence un partage égal ou inégal des bénéfices, mais de toute façon un partage. Or « si vous ne réussissez pas à vendre la chose pour un prix supérieur au prix déterminé, non seulement vous ne gagnerez rien, mais vous aurez perdu votre temps et votre peine ». Accarias fait une distinction selon les trois résultats auxquels peut aboutir l'opération :

« 1° Vous vendez pour un prix supérieur à l'estimation. Vous « bénéficiez de l'excédent, quant à moi je profite de votre industrie et de vos démarches. L'idée de société se comprend donc très bien « ici.

(1) Accarias, *Théorie des Contrats Innommés*, et explication du titre De Praescriptis Verbis au Digeste, Paris, 1873, Cotillon et Fils, éd. (24, rue Soufflot), p. 265 à 267,

« 2° Vous ne vendez pas. Ici, il n'y a ni bénéfice ni appauvrissement de part ni d'autre. On peut dire que la Société a manqué son but, qu'elle n'a pas fonctionné, mais cela ne l'empêche pas d'avoir existé.

« 3° Vous vendez pour un prix précisément égal à l'estimation. C'est ici que la difficulté devient réelle. Car je bénéficie de vos démarches et de vos soins, tandis que, pour vous, le profit manque absolument. Or, il est contraire aux règles de la société que l'un seulement des associés réalise un gain à l'exclusion des autres. Donc, la perspective de ce résultat, toujours possible dans l'hypothèse de notre loi 44, suffit pour écarter absolument l'idée de société, pour l'écarter quoi qu'il arrive et quand même vous vendriez avec bénéfice. Car la nature d'un contrat se détermine dès le début, par son objet et ses clauses, et non après coup par les résultats auxquels elle aboutit. »

En effet, aux termes de l'article 1855 du Code Civil, différent en cela du droit romain (1) « La société qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle ».

Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés ».

Mais Accarias fait remarquer que, d'une part, le profit fait par le propriétaire de la chose vendue ne consiste pas en une augmentation de son patrimoine, qu'elle lui épargne seulement la peine de vendre et que, d'autre part, le vendeur ne peut guère perdre que le fruit de ses démarches, mais que n'étant nullement obligé à vendre au-dessous du prix de l'estimation, il ne peut être exposé à s'appauvrir. Nous préférons dire avec Coviello qu'il n'est pas nécessaire que dans la société le gain soit certain pour tous les associés ; qu'il peut être aléatoire pour tout ou pour quelques-uns seulement, car il est évident que, surtout lorsqu'il s'agit d'une transaction commerciale, le grossiste ne va pas facturer la marchandise confiée au détaillant au prix coûtant, mais se réservera au contraire un bénéfice.

(1) Rappelons, en effet, que, dans le droit romain, la société était valable aussi quand « *nullius partem damni alter sentiat lucrum vero commune* » et la nullité existait seulement dans le cas « *ut alter lucrum tantum alter damnum sentiret* ». (1. 29. D. XIX. 2).

Il résulte donc de ces considérations que la doctrine formulée par Ulpien dans la loi 13 pr. aux termes de laquelle « *societas non videtur contracta in eo qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit* » n'est pas très exacte et insuffisante pour repousser l'idée de société.

Ulpien d'ailleurs semble s'être contredit lui-même dans un passage antérieur, la loi 44 D. XVII, 2 (1) où il dit : « *Si margarita tibi vendenda dederō, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excederet tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis.* »

Même si cette dernière loi s'appliquait à un cas d'aestimatum et non à un cas voisin comme nous le pensons (elle est exclue par Buckland parce qu'elle ne contient pas l'idée d'estimation qui est essentielle), elle ne serait pas en contradiction avec la précédente. Comme l'a fort bien montré Coviello (2), Ulpien a en réalité invoqué la volonté des co-contractants dans les deux cas. Dans le premier, il l'a simplement présumée du fait que l'« accipiens » prend soin uniquement de s'assurer un prix déterminé et c'est pourquoi il ne devient pas « *socius distractionis* ». C'est donc uniquement l'intention des contractants qui induit le jurisconsulte à des décisions en apparence contradictoires, et la loi 44 D. XVII, 2 ne fait que formuler le *criterium dicendi*. Ce criterium de l'« *affectus societatis* », un certain nombre d'auteurs l'ont adopté pour faire la différenciation de la société et du contrat estimatoire. Ainsi Accurse (3), Cocejo (4), Fabro (5). Ce dernier invoque le seul « *animus* » :

« L'intention de contracter une société intervient toutes les fois qu'il est facile de former le contrat que l'on voudra, même celui qui ne serait pas une société, si ainsi il se rapproche d'une société,

(1) Nous excluons de la discussion le texte de la loi 52, § 7, D. XVII, 2, invoqué par d'autres auteurs, mais que nous considérons, comme nous l'avons indiqué au chapitre I^{er} de la 1^{re} partie, comme nettement exclusif du contrat estimatoire.

(2) Coviello, *op. cit.*, p. 413 et suiv.

(3) Accurse, *op. cit.*, h. l.

(4) Cocejo, *op. et loc. cit.*, § V.

(5) Fabro, *Rationalia ad Pandectas*, vol. X, ad h. l. et l. 44 D. XVII, 2.

il deviendra un contrat de société » (1). Parmi les modernes, Bertolini (2) suit la même pensée quand il déclare : « C'est un élément subjectif, l'*animus contrahendae societatis* qui tient distincts les deux contrats ; et un tel critère servira aussi à résoudre une antinomie notablement apparente de deux textes d'Ulpien pertinents à ce point que nous verrons ensuite. De telle sorte que, quant aux éléments objectifs du contrat estimatoire s'ajoutent cet autre élément subjectif, le rapport de droit change et devient une société, mais, en retour, cette dernière reste distincte et est un rapport d'*aestimatum* quand ledit élément subjectif manque. »

Meylan, dans sa thèse déjà citée, explique très bien l'importance de cet élément et la raison pour laquelle on ne pouvait le présumer dans le contrat estimatoire.

« L'*affectus societatis* qui distingue la société de l'*aestimatum* « n'est pas une chose quelconque : il implique entre les parties la « confiance la plus absolue, et il trouve son expression dans la « responsabilité limitée du *socius* (D. XVII, 2.72), dans le bénéfice « de compétence (D. XVII, 2.63 pr.), dans le caractère infamant « de l'action *pro socio* (G. IV, § 182) (toutes choses qui n'existaient « pas dans l'*aestimatum*).

« Pour quiconque réfléchit à la situation ordinaire des parties « dans le contrat estimatoire, la distance paraît énorme : l'*accipiens*, « *circitor* ou placier, est un marchand de condition sociale modeste, « sinon méprisable ; le *tradens* est, au contraire, un individu de la « classe aisée ou dominante, qui désire écouler ses produits ou se « défaire sans se compromettre, de certains objets. Sans doute, « l'inégalité des fortunes n'est pas d'après Ulpien, un obstacle à « l'existence de la Société (D. XVII, 2.5.4) mais le seul fait qu'il est « nécessaire de le dire montre bien qu'il existe encore contre elle « une présomption, et d'ailleurs l'inégalité des fortunes n'est que « l'un des aspects de l'inégalité sociale. ...Il y a toujours eu de « telles hypothèses (*de rem aestimatum vendendam dare*) où l'*affectus societatis* étant certain, on a appliqué l'action « *pro socio* ».

Mais, comme le fait excellemment remarquer Coviello (op. et loc. cit.), l'intention des parties ne suffit pas, pour conclure un contrat

(1) Réfuté par Splithusius, *loc. cit.*, § VII, p. 14, selon lequel dans la loi 44 cit., l'hypothèse de fait qu'il retrace serait aussi une société.

(2) Bertolini, *op. cit.*, p. 408, 409.

plutôt qu'un autre. Il faut, en outre, que les éléments *objectifs* du contrat soient réunis et qu'ils correspondent à cette intention.

Mais il est facile, parfois, de remonter des conséquences et circonstances de fait à la volonté des parties qui doit normalement y correspondre. Et c'est ainsi que l'on peut inférer de certains éléments de la négociation, l'intention de conclure une société plutôt qu'un contrat estimatoire.

« Le fait, dit Coviello, dans un passage cité par Bertolini en « son entier, base matérielle des rapports juridiques, est le moyen. « Je te donne une chose à vendre pour un prix déterminé ». La « conséquence ultime à laquelle on veut atteindre est toujours la « même. « Je veux le prix de l'estimation, tu pourras tirer profit « du surplus que tu retireras de la vente ». En un mot dans un « cas il y a intention de se lier avec toi, comme dans une société, « dans l'autre non. Quel est l'effet de ces diverses intentions ?

« 1° Tu veux former une société et tu t'accordes en cela avec « moi, il faut que toi et moi voulions aussi toutes les conséquences « qui dérivent naturellement de la commune volonté.

« A présent, si en conséquence de l'intention de faire ensemble « une société, je suis contraint de mettre en commun la *res ven-* « *denda*, tu devras mettre de ton côté ton habileté, ton industrie. « Autrement, il n'y aurait pas société. Toi donc seras seul obligé « à faire tout (ton possible) pour vendre ;

« 2° Mais quand cette obligation n'est pas manifestée, l'accipiens « n'a pas d'autre obligation que de restituer la chose ou payer le « prix de l'estimation, à son choix, aussi n'est-il pas obligé d'em- « ployer son activité, donc il n'est pas obligé à mettre rien en « commun, donc il n'y a pas société ».

Ce raisonnement nous semble parfaitement rigoureux. La différence *objective* des deux contrats est ainsi établie sur la base même de l'intention des co-contractants. Dans la société, nécessité absolue d'un apport (1) qui ne peut être pour l'accipiens que son activité, d'où nécessité d'employer cette activité au but déterminé, c'est-à-dire à la vente et non à autre chose. Dans le contrat esti-

(1) Art. 1833, Code Civil : « Chaque associé doit y apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie ». Le paiement de l'estimation n'est pas un apport, puisqu'il représente la valeur de la chose remise par l'autre partie.

matoire, au contraire, pleine liberté pour l' « accipiens » d'employer son activité comme il voudra, ou de ne pas l'employer, puisqu'il n'est obligé qu'à payer le prix de l'estimation ou restituer la chose, et ce, *sans aucune contrôle*.

C'est cette idée de contrôle et cette obligation de rendre compte que nous avons déjà trouvées d'une façon encore plus péremptoire dans le mandat, qui nous sert encore ici d'indice pour la distinction. Il est certain, en effet, que les associés ont un droit absolu à vérifier la bonne marche des affaires sociales, tout comme un commettant a le droit, pour d'autres raisons, de vérifier si son mandataire remplit bien sa mission et qu'ils ont de toute façon au moment de la dissolution de la société à vérifier les comptes de liquidation (art. 1872 C. Civil).

De même, l'article 1847 du Code Civil stipule que « les associés qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société, lui doivent *compte de tous les gains* qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de la société ». Or, le recevant du contrat estimatoire n'est débiteur que du prix de l'estimation et nullement du bénéfice qu'il a pu réaliser dans la vente.

Par contre, tout associé, aux termes de l'article 1852 du Code Civil a le droit de réclamer à la société le remboursement des sommes qu'il a déboursées pour elle. Dans le contrat estimatoire au contraire, le recevant ne peut se faire rembourser ses dépenses, même celles qui paraîtraient le plus légitimes pour parvenir à la vente de l'objet confié. Il a pris l'affaire à ses frais et le « donneur » a accompli entièrement ses obligations du jour où il a livré la chose.

Enfin, une autre différence provenant du caractère spécial de la société qui est contractée « *cum amico* », et qui n'existe pas dans le contrat estimatoire : aux termes de l'article 1871, lorsqu'un des associés a des justes motifs qui peuvent être simplement la mésintelligence avec ses co-associés, il peut demander la dissolution de la société avant le terme convenu. L'une et l'autre des parties du contrat estimatoire ne peut demander, sauf au cas de manquement aux engagements contractés, la résolution ni même la résiliation de la convention.

Ainsi, la société se distingue nettement du contrat estimatoire par des raisons subjectives afférentes à l'intention des parties, telles que l'existence de l' « *affectus societatis* » et par des raisons objec-

tives tenant à la différence de nature de ces deux conventions, et non pas seulement comme disait Ulpien parce que « te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium exceptit ».

D'ailleurs, la jurisprudence en cette matière, si elle évoque le mandat, la vente ou le dépôt, ne fait aucune allusion à la société. C'est donc que ce contrat a dû sembler, à première vue, aux magistrats, tellement différent du nôtre, que l'on n'a même pas pris la peine de l'envisager.

CHAPITRE XI

Du dépôt pour vendre

Le contrat de dépôt n'avait pas été envisagé par les juriconsultes antiques s'il faut en croire Ulpien qui ne le mentionne ni au « *sedes materiae* » ni au D. XIX, 5, 13 pr. Il n'a guère rencontré plus de faveur auprès des modernes.

En effet, bien que certaines opérations commerciales qualifiées improprement de dépôt semblent se rapprocher sensiblement de notre contrat, comme celle où l'on consigne des marchandises dans les entrepôts d'un détaillant qui devra les vendre *pour le compte* du propriétaire, il n'en reste pas moins que ces opérations, différentes du dépôt simple, le sont également du contrat estimatoire.

Elles se rapprochent souvent du mandat, ou plus exactement de la commission. Elles sont, en réalité, un composé de deux contrats dépôt et mandat.

Coviello donne à cet égard trois exemples d'opérations (1) typiques :

a) Un peintre envoie un tableau à une exposition pour le mettre en montre. Celui qui le reçoit ne s'oblige qu'à appendre le tableau dans une des salles disposées à cet effet avec un carton indiquant le prix du tableau et l'adresse du peintre. Il n'y a là qu'un contrat de dépôt pur et simple, le marchand n'étant nullement tenu à vendre, ni à faire aucune démarche à cet effet, et la vente ayant lieu directement avec l'exposant ;

b) Au contraire, l'artiste a demandé au marchand de vendre son tableau, il lui a même promis un pourcentage sur la vente. Il y a

(1) Coviello, *op. cit.*, chap. XIV, p. 417 et suiv.

là un contrat de dépôt mêlé à un mandat ou à une commission de vente (au cas où le marchand touche quelque chose sur la vente) ;

c) Enfin, le marchand s'est obligé, non seulement à exposer le tableau, mais encore soit à le placer dans les conditions les plus favorables, soit à transmettre à l'artiste toutes les demandes d'achat et à donner aux amateurs toutes les explications désirables. Il y a là un contrat de dépôt associé à un contrat de louage de la nature d'une locatio rei ou d'une locatio operis suivant les cas.

Mais tous ces cas sont différents de celui où le peintre confie son tableau à un marchand avec obligation pour ce dernier soit de donner un prix déterminé, soit de restituer le tableau dans un certain délai.

Il n'y a donc plus de commun entre les deux contrats envisagés de dépôt et d'« aestimatum » que la remise de la chose. Mais, dans le second il y a une obligation alternative qui n'existe pas du tout dans le premier. Ils ne correspondent pas au même but. En effet, comme le fait observer Thaller (1), le dépôt pourvoit à la conservation de la chose, non pas à son placement.

C'est pourquoi « le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent » (art. 1927 C. Civ.).

Comme nous l'avons déjà vu (1^{re} partie, chap. II), l'obligation de garder la chose (art. 1915, C. Civil : « Le dépôt, en général est « un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de « la garder et de la restituer en nature ») est de l'essence même du dépôt, elle en est la principale avant même l'obligation de restitution qui n'en est que la conséquence. Cette obligation de restitution est pure et simple et non alternative. Elle ne permet de concevoir d'équivalent qu'au cas où la chose a été enlevée au dépositaire par la *force majeure*, et où ayant reçu un prix ou quelque chose à sa place, doit restituer ce qu'il a reçu en échange (art. 1934, C. Civ.).

Ces obligations sont tout naturellement exclusives du droit de disposer de la chose qui est de l'essence même du contrat estimatoire et qui correspond à son but économique.

(1) Thaller, *op. cit.*, p. 14.

En outre de ces différences principales il en existe de secondaires : ainsi le dépôt est en principe un contrat gratuit (article 1917, C. Civ.). Mais le dépositaire, au contraire du recevant, a le droit de se faire rembourser les dépenses faites pour la conservation de la chose (art. 1947, C. Civ.) ; il n'est tenu, en aucun cas, des accidents de force majeure, à moins qu'il n'ait été mis en demeure de restituer la chose déposée (art. 1929, C. Civ.). Le recevant du contrat estimatoire devant de toute façon la chose elle-même où le prix de l'estimation, est par cela même comme nous le verrons tenu du cas fortuit et de la force majeure.

S'il était besoin d'un argument de plus pour exclure l'assimilation au dépôt, il suffirait de rappeler la jurisprudence déjà évoquée où la plupart des arrêts déclarent que le « casus » envisagé ne constitue pas un dépôt.

Ainsi, l'arrêt du 22 juin 1860 (D. P. 60.1.471) : déclare qu'« une telle clause est exclusive du contrat de dépôt ; que l'un des éléments essentiels du délit d'abus de confiance manque ainsi complètement... »

L'arrêt de Toulouse du 10 janvier 1906 (D. P. 1906.6.72) est encore plus explicite, car il donne la raison de cette exclusion :

« Le contrat intervenu entre un fabricant de vélocipèdes et un commerçant et aux termes duquel ce dernier reçoit des bicyclettes pour les mettre en vente, à charge par lui, après les avoir vendues, d'envoyer au fabricant le prix auquel leur valeur a été fixée, ne constitue pas un contrat de dépôt, puisqu'il n'a pas charge de garder et de restituer en nature. (C. Civ. art. 1915). »

Cette décision n'a fait que suivre une décision antérieure de la même juridiction (Toulouse, 9 juillet 1891, D. P. 94.2.138), aux termes de laquelle : « Il n'y a pas dépôt quant l'objet a été remis à charge de le restituer ou d'en représenter le prix. »

C'est dans le même sens également que décident la Cour de Douai (Douai, 28 février 1905, D. P. 1905.2.442) et le Tribunal Correctionnel de la Seine (T. Cor. Seine, 15 fév. 1898, D. P. 98.2.88) mais sans indiquer les motifs de cette exclusion.

Il est à remarquer que même les décisions qui tranchent dans le sens de l'abus de confiance telles que celles de Ch. Cr. de la Cour de Cassation du 3 décembre 1892 (D. P. 93.1.265) et du 18 nov. 1882 (D. P., 83.1.230) ne se basent pas sur l'idée de dépôt qui y

conduirait pourtant aussi bien, mais sur celle de violation de mandat.

Ainsi, nous le voyons, l'assimilation au dépôt est condamnée par tout le monde. Il est certain que, plus encore que tous les autres contrats envisagés, celui-ci, même quand il affecte la forme, impropre d'ailleurs par son appellation, de dépôt pour vendre, est nettement différent du contrat estimatoire, par sa nature même.

Nous aurons ainsi terminé par lui la revue de tous les contrats nommés ou plus exactement « spécialement réglementés » que l'on pouvait soupçonner dans le silence du Code, d'avoir englobé l'« aestimatum » du Digeste.

Ayant ainsi écarté la première des solutions envisagées, celle du rattachement, il ne nous reste plus maintenant qu'une issue : celle de l'hypothèse du contrat non spécialement réglementé. Car nous ne pouvons pas plus admettre comme nous le faisons remarquer en tête de cette étude, le contrat mixte formé de la juxtaposition de plusieurs contrats simples déjà rejetés, que ces contrats simples eux-mêmes. La réunion de plusieurs éléments qui, par leur essence, sont chacun contraires à la nature du contrat estimatoire ne formera pas par cela même qu'ils sont réunis en un bloc hétérogène une convention à laquelle notre contrat, aux contours si nets, puisse être assimilé.

Ayant ainsi détruit, il nous faut maintenant reconstruire. Quittant la méthode analytique et pratiquant une méthode synthétique et positive, avec les divers principes que nous avons déjà pu dégager, nous allons rapidement essayer de fixer dans notre droit moderne, les caractères et les règles essentielles de ce contrat homogène pratiqué couramment, mais ignoré des lois.

Ce sera l'objet de notre troisième partie.

TROISIEME PARTIE

Partie Positive

CHAPITRE I

Eléments de Validité

Aux termes de l'article 1108 du Code Civil, quatre conditions sont essentielles pour la validité des conventions :

Le consentement de la partie qui s'oblige ;

La capacité de contracter ;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;

Une cause licite dans l'obligation.

Nous n'avons rien de spécial à dire pour le consentement qui est donné comme dans tous les autres contrats, au moment de la formation de ce contrat.

Nous avons vu que le contrat estimatoire peut parfaitement être purement consensuel et qu'il n'a nullement besoin pour sa validité de l'adjonction d'un fait matériel comme la remise de la chose.

Pour la cause, nous avons vu, dans la partie critique, quelle pouvait être la cause des obligations de chaque partie ; Que celle de l'« accipiens » avait pour cause, non pas la remise de la chose, mais la possibilité d'écouler la chose, tandis que l'obligation de livrer du « tradens » a pour cause sa contre-partie, c'est-à-dire l'exécution future de l'obligation alternative de restituer ou de payer du recevant (Première partie, chapitre II).

Il nous reste donc uniquement pour l'étude des éléments de validité à traiter de la capacité des contractants et la qualité de l'objet.

§ I. — CAPACITÉ DES CONTRACTANTS

Bien que le contrat estimatoire ne soit pas une vente par lui-même, mais parce qu'il peut aboutir à une vente, on devra requérir des deux parties la capacité de disposer.

Pour le « tradens », cela va sans dire, puisque c'est sa chose dont on dispose et le fait qu'il en a donné le pouvoir ou plus exactement la possibilité à autrui, ne change rien à l'affaire.

Pour l'« accipiens », elle est également nécessaire, puisque c'est lui qui réalise l'acte de disposition. On ne saurait, en effet, le comparer à un mandataire qui agit au nom du mandant, ni à un commissionnaire qui agit en son nom, mais pour le compte du commettant. En effet, non seulement, le contrat se fait en son nom propre, mais également pour son compte.

Ainsi ne pourraient conclure de contrat estimatoire, ni les mineurs même émancipés (art. 481 et s. Code Civil), ni les incapables (art. 502, 499, 513, 217, 433 Code Civil, art. 29 Code pénal, et art. 2 de la loi du 31 mai 1854). Au moins sans la forme d'habilitation prévue par la loi. Ni les tuteurs, mandataires, administrateurs, officiers publics pour les biens qu'ils ont la charge d'administrer (art. 1596 C. Civ.), ni les magistrats, officiers ministériels ou simples défenseurs pour les biens qui sont l'objet des procès dont ils s'occupent (art. 1597 C. Civ.), ni le mari, ni l'épouse en raison de la prohibition de la vente entre époux (art. 1595 C. Civ.), même pour les trois cas de dation en paiement prévus par le code, car le contrat estimatoire n'est pas une dation en paiement « inter partes ». Or, il ne faut pas oublier que le contrat estimatoire peut se terminer par une vente, même « inter partes ».

A part cela, comme le dit l'article 1594 du Code Civil : « Tous ceux à qui la loi ne l'interdit pas peuvent acheter ou vendre » et, par conséquent contracter un contrat estimatoire.

Mais ce contrat ne déroge-t-il pas à la prohibition de la vente de la chose d'autrui de l'article 1599 du Code Civil ?

Non, car une des conditions de la nullité de cette vente est qu'elle fasse courir à l'acheteur un danger d'éviction (1). Or, puisque le fondement même du contrat estimatoire est cette possibilité de disposer que donne le « tradens » à l'« accipiens », comment veut-on que le premier ne puisse se voir opposer par le tiers acquéreur la vente qui a été faite, sur son accord, par le second, même s'il n'a pas été payé de l'estimation ?

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. X, n° 46. 3°.

D'autre part, comme le verrons, l'objet étant toujours un meuble, l'acheteur étant protégé par l'article 2279 du Code Civil ne pourrait invoquer la nullité (1).

Mais quand doit exister cette capacité de l'« accipiens » et du « tradens » ?

Est-ce dès le moment où le contrat est conclu, ou suffit-il qu'elle existe au moment du paiement de l'estimation, c'est-à-dire à l'issue de l'opération, quand la vente a été réalisée ?

A notre avis, il nous paraît qu'elle doit exister dès la conclusion du contrat (2).

En effet, dès ce moment, pour celui qui a donné la chose à vendre, celle-ci est abandonnée. Elle peut être vendue le jour même de la remise, comme dans un ou plusieurs mois. Il faut donc qu'il soit capable dès le début. D'autre part, celui qui reçoit la chose peut, au cas où le libre choix a été laissé à l'autre partie, être mis en demeure de restituer la chose et ne pas être responsable de sa perte ou de sa détérioration s'il est incapable. Dans le cas où la liberté du choix lui appartient, ne voit-on pas qu'il manquerait au but économique du contrat, s'il n'était pas capable dès le début d'écouler valablement la marchandise ?

Mais ce vice peut être couvert au moment de la réalisation de la vente par la survenance de la capacité dans la personnalité juridique où elle faisait défaut. La vente sera donc valable puisqu'elle constitue un contrat indépendant du contrat estimatoire. La jurisprudence admet parfaitement, considérant seulement l'intérêt pratique de la prohibition de l'article 1599, que la vente de la chose d'autrui devient inattaquable lorsque certains faits postérieurs à cette vente ont mis l'acheteur à l'abri de toute crainte d'éviction (3).

A notre avis, cette consolidation peut intervenir par la survenance de la capacité chez le « tradens », même après la vente mais non pour l'« accipiens » qui lui, de toute façon doit être capable au moment de la conclusion de la vente où il est directement l'une des parties en cause (4).

En effet, le tradens peut consolider et régulariser la situation s'il est devenu capable au moment du paiement de l'estimation qui peut

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.* et *loc. cit.* ; Aubry et Rau, V, § 351, p. 53.

(2) En ce sens, Coviello, *op. cit.*, *Rivista Italiana*, vol. XV, fasc. 3, ch. XV, p. 4.

(3) Planiol et Ripert, *op. cit.* et *loc. cit.*, n° 50.

(4) En ce sens, Coviello, *op. et loc. cit.*

intervenir bien après la vente, car, aux termes de l'article 1338 du Code Civil, les actes frappés d'une nullité relative peuvent être confirmés par celui qui a le droit d'en demander l'annulation. Or, la réception du prix de l'estimation peut parfaitement être considéré comme un acte confirmatif.

Tandis que pour l'accipiens, s'il devenait capable après la vente ne pourrait consolider que le contrat estimatoire par le paiement du prix s'il est capable à ce moment là, mais non la vente, à moins que la livraison de l'objet ait été retardée.

Il ne pourrait, en effet, après l'exécution de la vente n'ayant plus aucune autre obligation envers le tiers acquéreur, que faire un acte de confirmation exprès, conformément à l'article 1338 (1).

Mais toutes ces considérations n'infirmant pas le principe qui est que les parties doivent être capables de disposer dès la conclusion du contrat estimatoire, réserve faite des règles ordinaires sur la ratification ou la confirmation expresse ou tacite.

§ 2. — QUALITÉ DE L'OBJET

Nous parlerons sous ce nom de la chose qui est remise à l'« accipiens » et qui ne fait pas l'unique objet de son obligation comme nous l'avons vu puisque celle-ci est alternative : restitution ou paiement de l'estimation. Mais de cette dernière, nous avons déjà, dans la deuxième partie (chap. II) défini suffisamment les caractères pour ne pas nous y arrêter à nouveau.

Nous avons vu que l'existence de cette chose est nécessaire, bien qu'elle ne soit pas, comme le croient certains auteurs, un élément de formation du contrat.

Il faut que cette chose soit, conformément à l'article 1129 du Code Civil, au moins déterminée quant à son espèce et sa quantité. Il faut également qu'elle soit dans le commerce, comme l'exige l'article 1128.

(1) MM. Planiol et Ripert estiment que les tribunaux peuvent induire la confirmation d'une simple abstention pendant un temps inférieur au délai normal de prescription. Ceci est uniquement une question d'appréciation ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I ; Poitiers, 9 mars 1894 (D. 95. 2. 181, note Planiol).

Tout cela n'offre pas de difficultés, ce sont les règles ordinaires et générales s'appliquant à tous les contrats. Il est certain, en outre, qu'il n'y a aucune différence en cela entre la vente et le contrat estimatoire puisque ce dernier y conduit.

Mais une difficulté spéciale à notre contrat peut cependant s'élever au sujet de la nature de la chose donnée à vendre.

a) *Biens immeubles*

Tout d'abord, les choses immobilières pourront-elles faire également l'objet de ce contrat ?

Cette question a déjà été agitée.

Certains ont soutenu l'affirmative, estimant qu'il n'y avait aucune raison à la prohibition (1).

D'autres, au contraire, l'ont nié, considérant que le droit romain ne donne aucun exemple de choses immobilières faisant l'objet de ce contrat, ou se rapprochant à cet égard de l'exclusion prononcée par les législations modernes (2).

A notre avis, aucun obstacle juridique ne semble s'opposer, en principe, à l'admission des biens immobiliers dans le contrat estimatoire. L'essence de ce dernier ne leur est nullement contraire.

Coviello (3) prétend que c'est impossible parce que, pour l'existence même de l'aliénation des immeubles, l'article 1314 du Code Civil italien exige la formalité de la rédaction d'un écrit.

Cette exigence n'existe pas dans notre droit français où la vente des immeubles peut être verbale.

D'ailleurs, Coviello avoue lui-même que tout cela se ramène plutôt à une nécessité de manifester à l'acheteur sa propre volonté d'aliéner afin que la vente puisse être valable.

(1) Lauterbach, *loc. cit.*, n° X ; Merkel, *loc. cit.*

(2) Kock, *Das Recht der Forderungen*, III, § 360, Sintenis, *Prakt, gem. Civilrecht*, II, § 117 ; Code Civil Saxon, § 1291 « Le contrat estimatoire est le contrat par lequel une personne remet à une autre pour la vendre une chose mobilière.... » ; C. Civil Autrichien, art. 1086 : « Lorsqu'une personne livre une chose mobilière.... » ; Code Prussien, art. 512 : « Le contrat de revente ne peut avoir lieu qu'en fait de choses mobilières (*sic.*). »

(3) Coviello, *op. et loc. cit.*, p. 4.

Mais en France, si nous n'avons pas cette exigence, il n'en reste pas moins que de fortes considérations pratiques s'opposent à l'admission des choses immobilières comme l'objet du contrat estimatoire.

En effet, l'article 2108 du Code Civil ainsi conçu : « le vendeur privilégié conserve son privilège, par la transcription du titre qui a transféré la propriété... » et la loi du 23 mars 1855 imposent la nécessité de la transcription (1).

Or, comment veut-on que s'opère la transcription s'il n'y a pas la collaboration de tous les titulaires du droit de propriété, l'ancien et le nouveau ?

Mais l'« accipiens » n'a jamais été propriétaire de la chose, d'après notre théorie qui exclut même de la vente conditionnelle (voir *infra* également la question du transfert de propriété). Il ne peut donc participer à la transcription (2). Il faut donc que le « tradens », en sa qualité de précédent propriétaire, fasse la transcription, et cela non pas seulement pour préserver ses droits (art. 2108), mais pour que ceux du tiers acquéreur puissent être opposables aux tiers (art. 3 de la loi du 23 mars 1855).

Or, il est nettement contraire à l'esprit du contrat estimatoire que le « tradens » soit obligé d'intervenir après la remise de la chose et de se mettre en rapports avec le tiers acquéreur qu'il ignore toujours. Son obligation de livrer accomplie, il n'a plus qu'à attendre soit la restitution soit le paiement de l'estimation.

Comment pourrait-on le forcer à opérer une transcription, puisqu'il n'a plus aucune obligation avec l'« accipiens », mais encore mieux qu'il n'en a jamais contracté avec le tiers acquéreur ? On ne peut le forcer qu'à accepter l'exécution de l'obligation alternative, et c'est tout.

On voit donc que l'on se heurte à une impossibilité (3) matérielle telle qu'il est nécessaire de prohiber l'admission des biens immobiliers comme objet de notre contrat.

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. X, p. 245, n° 228, ajoutent même avec juste raison que la combinaison des textes impose aussi la nécessité pratique d'un acte écrit.

(2) On aurait pu en effet concevoir que le « tradens » ait opéré la transcription au moment de la transmission de la chose à l'« accipiens » dans le système de la vente conditionnelle.

(3) L'impossibilité juridique résulte non de la nature même du contrat estimatoire qui peut prévoir toutes sortes d'objets, mais des principes qui en découlent et de leurs applications.

D'ailleurs, dans la pratique, on ne rencontre jamais un cas de contrat estimatoire portant sur un immeuble. On voit il est vrai des conventions très proches, présentant des caractères pouvant prêter à confusion, mais il s'agit presque toujours d'un contrat de commission ou d'une de ses combinaisons (1).

Pour les choses mobilières, les mêmes inconvénients ne se présentent pas. En effet : pas d'obligation de transcription, ni même d'acte écrit ; d'autre part, le tiers acquéreur est protégé de l'éviction par la présomption de l'article 2279, la chose n'ayant été ni perdue ni volée, mais au contraire confiée pour être vendue.

b) *Choses mobilières incorporelles*

Il n'est nullement contraire à la nature du contrat estimatoire d'avoir pour objet des droits incorporels tels que des créances.

Seulement, dans ce cas, quelques formalités seront nécessaires.

En effet, aux termes de l'article 1689 du Code Civil, « dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action contre un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre » (2).

L'« accipiens » devra donc se faire remettre les titres par le tradens afin de pouvoir lui-même en opérer la transmission au tiers-acquéreur. Mais cela ne résulte pas, comme le prétend Coviello, du fait que le contrat estimatoire serait un contrat réel, comme le gage et cette formalité purement pratique n'est nullement nécessaire, pas plus que la remise de la chose matérielle à la formation du contrat, toujours purement consensuel.

Au moment où l'« accipiens » aura réalisé la cession au tiers, qu'il aura trouvé, ce dernier naturellement devra remplir les for-

(1) Voir à ce sujet l'article 525 du Code Prussien déjà cité, qui considère que lorsqu'une chose immobilière est l'objet du contrat, il s'agit d'une simple « affaire de commission » ; *Id.*, art. 1088 Code Autrichien, où dans ce cas le commissionnaire est considéré comme « fondé de pouvoirs ».

(2) Il ne s'agit pas là du tout d'une condition de validité, mais simplement de l'exécution d'une obligation accessoire. La cession de créance en effet est un acte consensuel, dans les rapports des parties entre elles, Planiol et Ripert, t. VII, n° 1116.

malités de signification de l'article 1690 au débiteur, ou obtenir l'acceptation de ce dernier.

Mais le « tradens » n'aura nullement à intervenir à l'acte. C'est pour cela qu'il nous semble nécessaire de prohiber également les droits nominatifs du contrat estimatoire, et cela pour les mêmes raisons que celles que nous avons énoncées pour les biens immobiliers.

En outre, comme le fait remarquer Coviello, l'« accipiens » fera bien de notifier le contrat estimatoire au débiteur afin que celui-ci ne paie pas au créancier antérieur avant la négociation du droit. Mais cela également est une formalité pratique et non une nécessité purement juridique.

Il est évident enfin que le contrat estimatoire ne peut s'appliquer à des droits incorporels immobiliers que sous les restrictions déjà énoncées (transcription).

CHAPITRE II

Obligations des Parties

1° *Obligation du « Tradens »*

Nous l'avons vu, le « tradens » n'a, en principe, qu'une seule obligation : celle de livrer la chose à l'« accipiens » (1).

En réalité, ce n'est pas à proprement parler la livraison de la chose qui est « in obligatione », car elle ne signifierait rien par elle-même, mais la faculté donnée à l'« accipiens » de la vendre. C'est comme l'indique le terme parfois employé par ceux qui pratiquent notre contrat : un « abandon ». Mais, pour que le détaillant puisse trouver un acquéreur, quand et comme il le voudra, sans que le « tradens » ait à faire quoi que ce soit, postérieurement à la conclusion du contrat, ni à connaître l'existence même de cet acquéreur, il faut qu'il soit en possession de la chose dès le début.

Cette pleine liberté de manœuvre de l'« accipiens » d'une part, qui n'a aucun compte à rendre, cette abstention totale du « tradens » d'autre part, commandent par conséquent la livraison de la chose.

Mais cette livraison n'est en réalité que l'exécution de l'obligation unique du « tradens » qui est de laisser pendant un temps déterminé ou non à l'autre partie la faculté de vendre la marchandise comme elle l'entendra.

Il ne s'agit pas du tout là d'un mandat, comme nous l'avons vu. Mais, au contraire, aucune obligation de vendre n'étant à la charge

(1) D'après la théorie de Coviello et des « réalistes », il n'en a même pas du tout, puisque la remise de la chose est un simple acte matériel et non l'exécution d'une obligation. Le contrat estimatoire devient de ce fait purement unilatéral et même pas synallagmatique imparfait.

de l' « accipiens », il s'agit plutôt d'un droit (1) qui lui est concédé. Ce droit de disposition n'a rien d'anormal et se conçoit au contraire très bien pour les meubles pour qui la règle « en fait de meubles possession vaut titre » couvre suffisamment l' « accipiens » vis-à-vis des tiers. Le « tradens » ayant donné d'avance son consentement à l'aliénation, aucune revendication n'est possible, et d'autre part la transmission n'est nullement ainsi anti-juridique, puisqu'il y a consentement. Mais l' « accipiens » reste toujours un intermédiaire, sauf le cas où il s'applique l'opération à lui-même. Ayant le pouvoir illimité de disposer de la chose à son gré, on ne voit pas pourquoi il n'aurait pas le pouvoir de la retenir pour lui. Aucune assimilation n'est possible dans ce cas avec le commissionnaire contre-partiste qui reste toujours un mandataire.

Quant aux créances ou biens meubles incorporels, nous avons vu que les formalités prévues par le Code ne sont que des moyens pratiques de transmission ou de publicité. Elles ne peuvent en rien infirmer ce que nous venons de dire d'une façon générale.

2° Obligation de l' « accipiens »

Elle est unique également. Comme le dit la phrase d'Ulpien : « Aestimatio facit periculum ejus qui susceptit, aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere, aut aestimationem de qua convenit. »

Il n'y a pas là deux obligations, mais une seule qui a deux objets différents. Comme l'indique la conjonction « aut » répétée deux fois, l' « accipiens » est obligé à l'une ou à l'autre des prestations,

(1) C'est ce droit qui est la contre-partie de l'obligation de l' « accipiens », comme nous l'avons déjà indiqué.

Il ne nous semble nullement anti-juridique qu'un « pouvoir » ne soit pas accompagné d'un ordre. Le mari, dans la communauté, a des pouvoirs considérables qui ne proviennent nullement d'un mandat de la femme. Il dispose des biens, meubles surtout, de la communauté sans aucun contrôle, et sauf des restrictions limitées en matière de donations et pour les biens réservés notamment. Et cependant, les biens communs sont au même titre la propriété de la femme que celle du mari ! Il dispose donc du bien d'autrui, sans en avoir mandat.

Voir à ce sujet : Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VIII, n°s 516 et 526 (absence pratique de reddition de comptes) ; Aubry et Rau, VIII, § 505, p. 7 et § 509, texte et note 1 ; Colin et Capitant, III, p. 135 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, n° 637, etc...

mais pas aux deux à la fois. Mais s'agit-il d'une obligation facultative ou d'une obligation alternative ? Autrement, y a-t-il dans les deux prestations, une principale et l'autre secondaire, ou sont-elles toutes deux également « in obligatione » ?

Comme le législateur est resté muet sur notre convention, nous n'aurons pas d'autre critère que l'intention des parties. Or quelle peut être leur volonté dans notre cas ?

Ont-elles eu d'abord en vue la restitution de la chose ? Certainement non, puisque le but économique de l'opération est au contraire son écoulement.

Alors, c'est donc l'estimation qui serait « in obligatione » et la restitution « in facultate solutionis » seulement. Non plus, car cette estimation aurait alors la valeur véritable d'un prix et, en conséquence, le contrat estimatoire aurait l'aspect d'une vente, ce qu'il n'est pas.

Peut-on, d'autre part, concilier la « facultas restituendi » avec la vente ?

Même une vente avec un pactum « de retrovendo » est quand même une vente, puisque dès le début, elle est parfaite et conclue, et nous avons vu combien la nature du contrat estimatoire est différente de celle de la vente (1). Or, dans notre cas, avec la « facultas restituendi », on aurait une vente dans laquelle l'acheteur pourrait se dérober purement et simplement à son obligation.

Donc, on ne peut dire, de toute façon, que le prix soit « in obligatione » et la restitution de la chose « in facultate solutionis ».

Ayant ainsi écarté les deux hypothèses dans lesquelles l'obligation de l'« accipiens » pourrait être facultative, on doit nécessairement

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. X, à propos de la vente à réméré, disent très justement :

N° 190 *in fine* : « ...la vente à réméré ne serait pas une vente véritable si elle laissait subsister un droit de propriété sur la chose au profit du vendeur, même si ce droit était grevé d'une condition suspensive. »

Or, il ne faut pas oublier que le « tradens » reste propriétaire, tant que la vente n'a pas été réalisée, de la chose, comme nous le verrons, et que d'autre part, à la différence du réméré, il ne pourrait agir contre le tiers acquéreur pour récupérer la chose après une vente régulière, puisqu'il a donné précisément pouvoir de vendre. (Planiol et Ripert, *op. cit.* et *loc. cit.* n° 197).

en conclure qu'elle est alternative (1). Telle est d'ailleurs l'opinion de tous les auteurs, tant modernes qu'anciens (2).

L'action du « tradens » pour obtenir l'exécution de l'obligation de l'« accipiens » sera donc alternative comme cette dernière. Il ne pourra demander que la chose ou le prix et non tous les deux, ni l'un d'eux seulement. Il en serait différemment seulement quand le droit du choix appartient au « tradens », auquel il a le droit de réclamer uniquement la prestation qu'il a choisie.

En droit romain, l'action du « tradens » ne pouvant être alternative, pour des raisons de forme, l'« intentio » de la formule était dirigée vers un « incertum ». L'action « praescriptis verbis » était en effet « incerta » (3).

Mais ces restrictions de la procédure formulaire antique étant disparues, on peut maintenant parfaitement concevoir une action alternative.

Il résulte du caractère alternatif de l'obligation que le propriétaire de la chose ne peut, quand il lui plaît, prétendre à la restitution de la chose quand, changeant d'avis, il ne veut plus qu'elle soit vendue. Le « jus poenitendi » du droit romain qui donnait lieu comme nous l'avons vu (première partie, chap. I) à une « condictio propter poenitiam » dans les contrats dits innommés ne peut plus se concevoir dans notre droit.

Mais même quand le privilège du choix appartient, ce qui est rare, en vertu des conventions des parties (4), au « tradens », cela ne change pas la nature du contrat, ni de l'obligation alternative, puisque, de toute façon, l'« accipiens » doit la chose ou l'estimation.

La détermination de ce qu'il devra « in specie » ne dépend plus de son libre arbitre, c'est toute la différence.

(1) En ce sens, Coviello, *op. cit.*, p. 7.

(2) Bartoli, *Comment. in Dig.*, liv. XIX, tit. de aestimatoria, fol. 127 b. (Ed. Venetiis, 1602) ; Hertius, *De electione ex ob. alternativa*, etc... Section I, § IV (*Comm. et op. cit.*, t. III, p. 236) ; Lauterbach, *loc. cit.*, n° XVI ; Spekhum, *loc. cit.*, § VIII, p. 9 et 10 ; Leyser, vol. IV, spec. 221 ; Koch, *op. et loc. cit.* ; Seuffert, *Pandektenrecht*, § 319, etc... ; Bertolini, *op. cit.*, p. 413 ; De Medio, p. 62 et suiv. (*op. cit.*) et les auteurs qui y sont cités.

(3) Keller, *Pandekten*, § 354.

(4) En effet, aux termes de l'article 1190 du Code Civil : « Le choix appartient au débiteur s'il n'a pas été accordé au créancier. »

CHAPITRE III

Effets des Obligations

Le Contrat Estimatoire transfère-t-il la propriété ?

Les liens contractés dans le contrat estimatoire ont pour effet, nous l'avons vu, d'obliger le « tradens » à remettre l'objet, et à en laisser la libre et entière disposition à l'« accipiens » pendant un temps déterminé. Quant à ce dernier, il n'est pas obligé à autre chose qu'à restituer la chose ou à en payer l'estimation, à l'expiration du même délai.

Tout ceci ne souffre plus de difficulté. Mais il en résultera que l'« accipiens » se comportera, pendant la période intérimaire, comme un véritable propriétaire de la chose.

Aussi, cela soulève-t-il une autre et grave question : la propriété de la chose est-elle transférée à l'« accipiens » au moment de la conclusion du contrat estimatoire, ou reste-t-elle au « tradens » ?

Les auteurs sont très divisés sur la question. Les uns (1) soutiennent l'affirmative, et ce sont en général les plus anciens ; les autres, au contraire, soutiennent la négative (2).

(1) Hertius, « *De conventionibus domini translativis* » (*comm. et op. cit.*, t. III, p. 44 et suiv.), § III ; Strykii, *Us. mod. Pandectar*, lib. XIX, tit. III, § IV et s. ; Lauterbach, *op. et loc. cit.* n° X ; Splithusius, § XVII, p. 33-40 ; Spekhun, § XII, p. 15 ; Hellfeld, *op. cit.* ; Flörke, § 12 et Brückner, § 17, cités par Glück, *op. cit.* ; Böhmer, *Disp. cit. (op. cit.)* ; Valett, *Ausführliches Lehrbuch des Praktischen Pandektenrechtes*, II, § 561 ; Puchta, *Vorlesungen*, II, § 313.

(2) Coccejo, *op. et loc. cit.*, t. X, n° 2 ; Fabri, *Rationalia ad Pandectas*, XIX, 3 ; Schilter, *Praxis, jur. Rom.* ; Seuffert, *Pandektenrecht*, § 319 ; Göschen, *Vorlesungen, üb. das gem. Civilrecht*, II, § 327 ; Sintenis, *Praktische Gem. Civilrecht*, II, § 117 ; Kock, *Das Recht der Forderungen*, § 360 ; Keller, *Pandekten*,

Coviello qui cite tous ces auteurs, opine pour la négative, ainsi que Bertolini et De Medio (1).

En France, M. Thaller (2) se range naturellement du côté de la deuxième solution, également puisqu'il voit, dans le contrat estimatoire, une vente sous condition suspensive. Mais son raisonnement, supposant nécessairement un transfert, bien que retardé, à l'« accipiens », nous amène à une deuxième question corollaire de la première, et qui nous semble poser le problème d'une façon plus complète :

Il y a-t-il réellement, à un moment quelconque, transfert de la propriété de la chose entre le « tradens » et l'« accipiens » ?

Parmi les multiples arguments des partisans du transfert de la propriété à l'« accipiens », on peut en distinguer trois principaux :

Le premier est fondé sur la nature alternative de l'obligation. Le « tradens » ne pouvant ainsi demander la chose seule avant que le choix s'effectue, ne pourra avoir l'action en revendication. C'est donc que le droit de propriété est transféré aussitôt à l'« accipiens ».

Le second prétend que, dans le contrat estimatoire, l'estimation est faite « venditionis causa ». En conséquence de cette vente, on a donc, immédiatement, transfert de la propriété.

Le troisième est que l'accipiens supporte les risques de la chose. Or seul le « Dominus » est celui qui supporte les risques, donc l'« accipiens » est propriétaire.

Nous écarterons d'abord rapidement les deux derniers arguments que nous avons déjà combattus dans la partie critique.

Pour le dernier, nous avons vu combien était fausse, actuellement, l'expression « res perit domino ».

Pothier (3) disait déjà : « Mais, lorsqu'on oppose le propriétaire « débiteur d'une chose au créancier de cette chose, qui a une action « contre le propriétaire pour se la faire livrer, en ce cas la chose « *périt contre le créancier* plutôt que pour le propriétaire qui, par « la perte de la chose, est libéré de l'obligation de la livrer. »

§ 354 ; Köcky (*Disp. et loc. cit.*) ; Glück, *op. et loc. cit.* ; Molitor, *Les obligations*, II, n^o 752, 753 ; Dernburg, *Pandekten*, § 120 ; Chambon, *loc. cit.*, p. 79 ; Maynz, *Droit Romain*, II, § 244.

(1) Coviello, *op. et loc. cit.*, ch. XVII, p. 9 et suiv. ; Bertolini, *op. et loc. cit.*, p. 414-415 ; De Medio, *op. et loc. cit.*, p. 85 et 91.

(2) Thaller, *op. et loc. cit.*, p. 16 et suiv.

(3) Pothier, *Vendita*, n^o 307.

Notre Code suit la même idée, en l'appliquant d'ailleurs aux obligations en général, lorsqu'il dit, dans l'article 1302, qu'en cas de perte de l'objet « l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fut en demeure... » et dans l'article 1182, que, dans une obligation contractée sous une condition suspensive, « la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui n'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition ».

La règle est donc, non « *res perit domino* » mais « *res perit creditori* », ou, dans le cas spécial de l'art. 1182, « *res perit debitori* ». Mais l'idée de propriété n'intervient nullement pour l'attribution des risques (1). Ce qui a créé la confusion, c'est que, dans certains cas, le créancier de la chose en est aussi le propriétaire, et c'est d'ailleurs à ces seuls cas que Böhrmer (2) voudrait réduire la règle pour l'appliquer au contrat estimatoire.

Mais, de toute façon, même si la règle « *res perit domino* » était exacte, cela ne voudrait pas dire que l'« accipiens » est propriétaire de ce fait même qu'il supporte les risques. Comme le fait remarquer justement Coviello (*op. et loc. cit.*) : « La logique ne consent pas l'inversion de la proposition dans l'autre « *dominus est cui res perit* » (3). Le droit n'est pas de l'algèbre, et l'on ne peut considérer les termes de ses règles comme de simples facteurs dont on peut à volonté intervertir l'ordre.

Pour raisonner sainement, en notre matière, il faut se garder de l'abstraction, et rechercher plutôt les solutions dans la nature même des contrats. C'est la méthode que nous nous efforçons d'employer.

Pour le second argument, nous y répondrons encore plus brièvement. Car nous avons déjà vu, en classant les diverses sortes d'estimation, que l'on peut rencontrer, dans les contrats (chap. III, Prem. partie), que celle de notre espèce ne pouvait être « *venditionis causas* » mais qu'elle avait uniquement pour résultat de rendre alternative l'obligation de l'« accipiens ».

D'autre part, le fait que l'opération est un « *vendendum dare* » ne veut pas dire que la chose ait été vendue à l'« accipiens », car la dation qui a lieu dans notre cas ne peut, comme nous l'avons

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VII, n° 1043 (p. 352) ; t. VI, n° 414 (p. 580).

(2) Böhrmer, « *Exercitationes ad Pandectas* », ex. XLIX, § II et III (vol. XXX).

(3) En ce sens, Bertolini, *op. cit.*, p. 415.

vu, être prise dans son sens étroit, spécifique. Elle n'opère nullement transfert de la propriété, et c'est pour cela d'ailleurs que beaucoup d'auteurs classent l'« aestimatum » dans les catégories « facio ut des » ou « facio ut facias » et non dans celle « dot ut des »

Le premier argument seul n'a pas déjà été envisagé, mais c'est certainement le plus faible.

Il n'est pas vrai de prétendre que le « dans » ne pouvant réclamer uniquement la chose, il n'a pas l'action en revendication et que par là même, il n'est plus propriétaire.

Tout d'abord, il n'y a lieu à revendication que lorsque la chose est entre les mains de tiers (1). Or, l'« accipiens » n'est pas un tiers, c'est un co-contractant. C'est pour cela, et aussi parce que l'action contractuelle ne prévoit pas la restitution comme unique objet, mais au contraire qu'elle est alternative, que le « tradens » ne peut revendiquer. Mais ce n'est pas parce qu'il a cessé d'être propriétaire.

D'autre part, il n'y aurait pas de raison, partant du même principe, que la propriété ne se transfère pas dans des contrats comme le commodat, le gage et le louage, où celui qui donne la chose ne peut la répéter avant que le contrat soit arrivé à son terme (argument de Coccejo).

Or, il n'est jamais venu à l'idée de personne qu'il y ait transfert de propriété, dans ces contrats.

C'est pourquoi nous sommes d'avis que la propriété ne se transfère pas dans le contrat estimatoire, entre le « tradens » et l'« accipiens ». Et la meilleure raison de cette solution négative nous semble, comme Coviello (2), résider dans la nature même de notre contrat. Celle-ci, en effet, répugne essentiellement à un tel transfert. Quand nous avons examiné l'intention des parties, nous avons vu que ni l'une ni l'autre ne veut vendre ni acheter à l'autre. L'« accipiens » tout au contraire, va consacrer tous ses efforts à écouler la marchandise, car c'est pour lui tout l'intérêt de l'opération en raison du bénéfice à réaliser, et cette possibilité la cause

(1) Le « tradens » pourra en effet toujours agir contre son co-contractant par l'action née du contrat. — Voir cependant : Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. III, n° 378, p. 361, qui admet le cumul des deux actions.

(2) Coviello, *op. cit.*, p. 13.

même de son obligation. Quant au « tradens », il a eu uniquement en vue en contractant et en remettant la chose à l'« accipiens » de tirer profit de l'activité commerciale de ce dernier, lequel pourra mieux que lui réussir à vendre la chose et lui procurer le prix désiré.

Cela est si vrai que l'obligation de l'« accipiens » est alternative. Ce qui lui permet, au cas où il n'aurait pas réussi à écouler la marchandise, de s'en débarrasser quand même en la restituant.

D'ailleurs, nous avons vu (Partie critique, chap. VI), que la nature du contrat estimatoire excluait toute idée de vente, même sous condition, par conséquent aucun transfert de propriété, même passager.

C'est pourquoi nous nous étonnons de voir Coviello (*op. et loc. cit.*) qui a si vaillamment combattu l'idée de vente, admettre que la propriété passe à l'« accipiens », au moment de la remise du prix et de son « accréditation ».

Pourquoi cette prétendue nécessité ? Puisque Coviello dit lui-même que l'« accipiens » a pu valablement, comme un commissionnaire, transmettre la propriété au tiers-acheteur, sans être lui-même propriétaire. Et ceci, non en vertu d'un mandat, mais d'un « pouvoir » de vendre qui suffit, comme nous l'avons vu, à protéger les droits de l'acheteur contre les prétentions éventuelles du propriétaire (1).

Coviello ne donne aucune raison apparente de cette nécessité chimérique et l'on ne comprend pas pourquoi il se croit dans l'obligation d'« inventer » au moment de la réception du prix « une nouvelle bien que tacite manifestation de volonté, et ainsi un nouveau contrat qui a la *nature d'une vente* et qui avec le contrat estimatoire a le même rapport qu'à tout contrat libératoire avec l'obligation qu'il est destiné à éteindre ».

C'est au fond la vieille idée de l'avant-contrat et du contrat définitif qui révient sous une forme déguisée sur le tapis. Pourquoi compliquer les choses inutilement ?

D'autant plus que les solutions seront les mêmes pour Coviello, tant en matière d'exécution de l'obligation alternative, qu'en matière de faillite. Alors, pourquoi inventer une « simili vente », qui interviendrait précisément après le moment où la propriété a

(1) En ce sens : Bertolini, *op. cit.*, p. 415 ; De Medio, *op. cit.*, p. 91.

été valablement transférée au tiers-acheteur ? Ne voit-on pas qu'il y a là une contradiction juridique, que Coviello accuse lui-même quand il dit plus loin qu' « il peut arriver que les tiers auront acquis la propriété de la chose et non au contraire l' « accipiens » vendeur ».

Non, il vaut mieux se ranger à l'avis de Bertolini (*op. cit.*) pour qui la question du transfert de propriété ne se pose plus quand dans l'ultérieur développement de l'opération, l'accipiens aura pris parti en restituant la chose ou en payant le prix de l'estimation. Mais, dans ce dernier cas, ce paiement de l'estimation peut tout aussi bien signifier que l' « accipiens » a retenu la chose pour lui. Or, c'est justement au contraire un tel transfert de propriété qui est difficile à expliquer.

De Medio s'y emploie, d'ailleurs assez bien (1) en faisant remarquer que : « dans le cas du paiement de l'estimation pour retenir la chose, la propriété passe du « tradens » à l' « accipiens », non en vertu d'une vente tacitement conclue dans l'acte du paiement de l'estimation, en raison de la signification de vente donnée par celle-ci (comme le voudrait Coviello), mais en raison de l'accord primitif par lequel, s'il le veut, aussi bien que concurramment à une circonstance déterminée, le recevant pourra retenir l'objet (conformément à la doctrine de Bachmann). »

C'est ce que nous avons déjà exprimé en disant qu'on ne voit pas pourquoi, ayant le pouvoir de disposer entièrement et librement de la chose, l' « accipiens » n'aurait pas celui de se l'appliquer à lui-même. Mais à la différence du commissionnaire contre-partiste, il n'aura pas besoin de prévenir spécialement le « tradens » à cet effet. Il n'aura qu'à donner le prix estimatif, accomplissant ainsi par là même son obligation.

Et le transfert de la propriété ne fait aucune difficulté, car le « tradens » s'étant engagé d'avance à « abandonner » la chose à un tiers indéterminé, par le truchement de son co-contractant, celui-ci a parfaitement la possibilité de se substituer à ce tiers, d'être ce tiers lui-même.

L'échange de consentement imposé pour un transfert valable de propriété a parfaitement lieu. Seulement, pour l' « accipiens » il n'intervient qu'au moment où voulant garder la chose pour lui,

(1) De Medio, *op. cit.*, p. 68.

il paie l'estimation dans cet esprit. Tandis que pour le « tradens » il a lieu dès le début, puisqu'il a consenti d'avance à ce transfert « erga omnes », sans faire de restriction même pour son co-contratant. Or, c'est exactement ce qui se passe pour une option, où les deux consentements n'interviennent pas concomitamment et où cependant on admet parfaitement bien qu'il y a « échange » de consentements. Et cela ne contredit pas ce que nous avons déjà dit (Chap. de la Vente, Deux. partie), c'est-à-dire que, dans ce cas, la vente n'intervient réellement qu'au moment où naît le deuxième consentement qui se manifeste par le paiement de l'estimation consécutif à la rétention de la chose.

CHAPITRE IV

Effets des Obligations (*suite*)

Cas de la Faillite

La première conséquence de ce manque de transfert de propriété entre le « tradens » est l'« accipiens » s'aperçoit en matière de faillite.

En effet, s'il y avait eu vente, entre les co-contractants du contrat estimatoire, le « tradens » non payé ne pourrait que se contenter d'un dividende dans la faillite de son débiteur (art. 550 et 576 Code de Commerce combinés).

Tandis que n'ayant pas perdu la propriété de la chose tant qu'elle n'a pas été écoulée par l'« accipiens », le « tradens » a le droit de la soustraire au concours des créanciers. C'est exactement ce que dit l'article 575 alinéa 1^{er} de notre Code de Commerce : « Pourront « être également revendiquées, aussi longtemps qu'elles existe-
« ront en nature, en tout ou en partie, les marchandises consi-
« gnées au failli à titre de dépôt, ou pour être vendues pour le
« compte du propriétaire. »

Aucune raison juridique sérieuse ne s'oppose à l'application de cet article non strictement limitatif, et basé sur un non transfert de propriété, au contrat estimatoire (1).

Il est curieux, d'ailleurs, de constater que M. Thaller, avec sa théorie de la vente sous condition suspensive arrive au même

(1) La preuve du caractère non limitatif de cet article est donnée par la jurisprudence, et notamment on peut citer un arrêt de la Chambre des requêtes, du 24 juillet 1906 (D. P. 1907.1.25) (note Valéry), qui l'étend au cas de location de futailles et de sacs. De même : Req., 5 août 1907 (D. P. 1909.1.411).

résultat, puisqu'il retarde le transfert de la propriété jusqu'au moment où l'« accipiens » a pu trouver un acquéreur (1). A la vérité, comme le fait observer avec juste raison Coviello (2), cette appellation de droit de « revendication » est assez impropre puisque la marchandise n'est pas chez un tiers, mais chez un co-contratant. Il propose le terme de droit de « séparation » qui nous paraît assez juste par ce que ce droit a pour but de séparer la chose remise pour vendre, des biens qui sont la propriété du failli, et par conséquent le gage commun des créanciers : la masse.

Mais la loi va encore plus loin, l'article 575 comporte un deuxième alinéa aux termes duquel « Pourra même être revendiqué le prix ou la partie du prix desdites marchandises qui n'aura été ni payée, ni réglée en valeur, ni compensée en compte-courant entre le failli et l'acheteur ».

Il est évident que cette conséquence ne peut être acceptée par les partisans de la vente, même sous condition suspensive. Et Thaller ne mentionne que le premier alinéa de l'article 575. En effet, si l'« accipiens » a vendu à un tiers, il est certain, d'après leur théorie, qu'il a accepté la vente qui lui était faite à lui-même sous cette condition de trouver un acquéreur. Il est donc devenu propriétaire, même s'il n'a pas payé le prix estimatif, c'est-à-dire même s'il n'a pas fait connaître sa décision au « tradens ».

Or, n'ayant plus la possibilité de revendiquer sa chose valablement vendue et revendue, on ne voit pas pourquoi le « tradens » vendeur aurait le droit d'en revendiquer le prix entre les mains d'un sous-acquéreur. C'est ce que décide d'ailleurs la jurisprudence (3).

Mais comment expliquer ce droit de « revendication » du prix accordé à l'ancien propriétaire de la chose par l'article 575 2^e alinéa ?

(1) Thaller, *op. cit.*, p. 16.

(2) Coviello, *op. cit.*, p. 16.

(3) Voir notamment : Cassation civile, 26 mai 1913 (D. P. 1914.1.305, note Chiron), qui décide que « Celui qui a consigné des marchandises chez un commerçant peut en revendiquer le prix dans la faillite du consignataire lors qu'il n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte-courant, mais la même faculté ne peut être reconnue au vendeur de meubles dans la faillite de l'acheteur quant au prix de revente de ces meubles ».

Il ne s'agit pas là, on le comprend facilement, à proprement parler de revendication, et le terme employé par la loi est encore plus inexact que dans le cas précédent. En effet, le « tradens » ne peut prétendre avoir droit à la propriété du prix, d'autant plus que ce n'est pas lui qui a traité avec l'acheteur, et que le prix à payer par ce dernier n'est pas celui de l'estimation. Mais s'il ne peut obtenir satisfaction « jure proprio », pourquoi ne pas admettre qu'il ait une action contre le tiers « *utendo jure* » ? Et cela par *subrogation* du débiteur en faillite ?

Il ne fera qu'appliquer l'article 1166 aux termes duquel « les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne ».

Mais cette explication fournie par Coviello (*op. et loc. cit.*) ne nous paraît pas exacte. En effet, il est admis que le créancier qui agit en vertu de l'action oblique et par conséquent au moyen d'une action qui appartenait au débiteur lui-même, ne pourra obtenir une condamnation à son seul profit personnel. L'objet de cette condamnation étant au fond un bien qui fait partie du patrimoine du débiteur, deviendra le gage commun des créanciers, il tombera dans la masse (1). Or, ce n'est certainement pas cela qu'a voulu l'article 575 2° alinéa du Code de Commerce. Il a, au contraire, pour but de séparer le prix des marchandises consignées des autres actifs de la masse pour sauvegarder uniquement les droits du propriétaire.

Il y a plutôt là une sorte d'action *directe* concédée par la loi dans certains cas au créancier contre le débiteur de son débiteur. Ainsi au propriétaire contre le sous-locataire (article 1753), aux ouvriers d'un entrepreneur contre le maître (art. 1798), au mandant contre la personne que le mandataire s'est substitué (article 1994) à la victime contre l'assureur de l'auteur du dommage (Civ. 14 juin 1926 D. 1927.157), à l'avoué pour la « distraction des dépens » (art. 183 C. Pr. Civ.).

En réalité, dans le cas du contrat estimatoire, on peut dire que le prix de l'estimation représente la chose, puisque l'« accipiens » doit, à défaut de restitution, donner cette « aestimatio » qui en

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VII, n° 923 ; Larombière, II, art. 1166, n° 24 ; Laurent, XVI, n° 407 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 644.

tient lieu. Mais de toute façon, on ne voit pas pourquoi, admettant par analogie, l'application du premier alinéa de l'article 575 au contrat estimatoire, on ne l'admettrait pas pour le deuxième alinéa, qui procède de la même idée.

Il y aurait une certaine iniquité à refuser ce privilège au « tradens » du contrat estimatoire, alors qu'il est accordé au commettant. Or, comme ce dernier le « tradens » n'a pas vendu la chose à la personne à qui il l'a remise, mais il lui a fait confiance pour l'écouler et lui en remettre un prix certain ou la lui restituer. D'autre part, le commissaire, tout comme l'« accipiens » a vendu en son propre nom, le tiers n'a connu que lui. La situation est la même à l'égard de ce dernier également. Et si l'on admet qu'il ne puisse invoquer l'inopposabilité du contrat de vente au commettant, pourquoi ne pas l'admettre également au cas où il a affaire à un « tradens », qui, comme celui-ci, n'a aucun lien de droit avec le tiers ?

Il nous semble donc que l'équité et la logique commandent l'application entière de l'article 575 au cas du contrat estimatoire. Mais, de même que le commettant ne pourra s'attribuer, sans commettre un enrichissement injuste au préjudice du commissionnaire, que le reliquat du prix défalqué de la commission qui tombe dans la masse, de même, le « tradens » ne pourra revendiquer que le prix fixé par l'estimation et non bien entendu le prix de vente total auquel il n'a pas droit.

Mais tout ceci, naturellement n'est applicable qu'au cas où le tiers n'a pas déjà versé son prix, qui alors tombe dans la masse, au profit de tous les créanciers. Dans ce cas, mais dans ce cas seulement, le « tradens » est créancier chirographaire.

Ces solutions nous semblent mieux correspondre à l'esprit du contrat estimatoire, car, comme nous l'avons vu, le grossiste la plupart du temps a préféré ce contrat à une vente, même sous condition, pour éviter les risques d'insolvabilité qu'elle entraîne.

Il est évident, dans le même esprit, et comme nous le verrons, que, si c'est le tiers-acquéreur qui tombe en faillite, l'accipiens, même non payé, doit toujours l'estimation au « tradens » qui ne doit supporter aucun risque.

CHAPITRE V

Effets des Obligations (*fin*)

La question des Risques

Une autre conséquence de ce non transfert de propriété semblerait être que l' « accipiens » répond seulement de sa faute, comme un mandataire et non des risques afférents à la chose.

Cependant, il n'en est pas ainsi, et la question n'est pas aussi simple que cela.

Elle a donné lieu à de très longues discussions dès les premiers commentateurs et une des difficultés de la solution provient principalement de l'apparente antinomie de textes qui s'y réfèrent. D'autant plus que ces textes sont du même auteur, Ulpien lui-même. Celui-ci, en effet, dit d'abord dans le « *sedes materiae* » et d'une façon très nette : « *Aestimatio facit periculum ejus qui suscepit*. Aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem de qua convenit »

et dans la loi 17, § 1, du D. XIX, 5 :

« Si margarita tibi aestimata dederò, ut aut eadem mihi afferes, aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cujus periculum sit ? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit : si quidem ego te venditorem rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum, si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Actio autem ex hac causa, utique erit praescriptis verbis. »

Et Paul confirme cette dernière solution, en disant, dans le Rec. Sent. « de deposito et commodato » II § 4.5 :

« Si rem aestimatam tibi dederò ut ea distracta pretium ad me deferres eaque perierit, si quidem ego te rogavi meo periculo erit, si tu de vendenda promisisti, tuo periculo erit. »

Evidemment, cette contradiction des textes est bien troublante. Nous pourrions, il est vrai, répondre tout de suite que nous ne reconnaissons pas aux deux derniers l'application au cas de l' « aestimatum » comme nous l'avons vu dans la partie historique (1^{er} chapitre), et que seul le « sedes materiae » nous semble faire foi. Mais tout de même les cas dont ils traitent sont bien voisins, s'ils ne sont pas semblables.

Nous pourrions également faire remarquer comme précédemment qu'il est étonnant, sinon impossible qu'Ulpien se soit contredit à ce point. Que cet auteur ayant écrit de suite ses livres sur l'Edit, il n'aurait pas pu s'apercevoir de ces antinomies qui ne sont séparées que par quatre livres. Qu'en tout cas, on doit tenir pour exacte au cas où il se serait ravisé, la solution postérieure indiquée dans le livre 32, reproduite au « sedes materiae » et non celle indiquée au livre 28. Mais il resterait quand même le passage de Paul qui confirme la deuxième version et qui suffit à maintenir l'équivoque.

C'est pourquoi il nous semble préférable d'aborder le problème au fond avant de conclure.

De multiples tentatives de conciliation ont été faites par les glossateurs pour expliquer ces contradictions des textes.

Elles peuvent se ramener à trois catégories : deux extrêmes et une intermédiaire.

1° Les adhérents à la première soutiennent que, dans les deux textes d'Ulpien, se traitent des hypothèses différentes et que seule celle du « sedes materiae » doit être tenue pour exacte s'appliquant seule à l' « aestimatum ». Donc, les risques seront toujours à la charge de l' « accipiens ».

Telle est l'opinion de Giovanni Bassiano (1), Barthole (2), Giasone (3), del Fabro (4), Brunnemann (5), Böhmer (6), Puchta (7), Keller (8).

(1) Giovanni Bassiano, *Glossa*, l. I, *de aestim.*

(2) Barthole, *op. et loc. cit.*

(3) Giasone, *op. et loc. cit.*

(4) Fabro, *Rationalia*, *loc. cit.*

(5) Brunnemann, *Com. ad Pand.*, XIX, 3.

(6) Böhmer, *Diss. cit.*, § XXXVI.

(7) Puchta, *Vorlesungen*, § 313.

(8) Keller, *Pandekten*, § 354.

2° Selon l'autre opinion extrême, le *periculum* signifie seulement celui dérivant d'une faute *très légère*. On peut citer comme partisans de cette solution, de l'exonération du risque pour l'accipiens : Azone (1) et Paolo di Castro (2).

3° Enfin, une troisième opinion qui a le plus grand nombre d'adhérents fait des distinctions (3). Elle se divise elle-même en deux parties :

A. — Une première classe d'auteurs est d'avis que le risque ne sera pas à la charge de l'« accipiens » en principe, mais seulement par exception. Parmi ceux-ci, on peut ranger en tout premier lieu Cujas pour qui le risque ne pèse sur l'« accipiens » qu'au cas où il aurait pris l'initiative de la transaction : « *aestimatio facit periculum ejus qui suscepit negotium* », tel serait le sens de la première phrase d'Ulpien et les deux fragments seraient ainsi pleinement d'accord, le second étant le développement du premier, ou plus exactement celui-ci étant un bref rappel de la décision énoncée au livre 28 qui lui est antérieur (4).

(1) Azone, *Glossa*, ad. l. I *de aestimatoria*.

(2) Paolo di Castro, dans la 2° partie du *Dig. Vet. comm.*, fol. 139.

(3) Parmi ceux-ci, on peut citer (bibliographie fournie par Coviello, *op. cit.*, p. 19) :

Voet, *ad. Pand.*

Göschel, *Vorles*, II, § 492.

Valett, *Ausführ. Lehrbuch des prakt. Pandektenrechts*, II, § 561.

Baron, *Pandekten*, § 307.

Seuffert, *Pandektenrecht*, § 329.

Sintenis, *Prakt. Gem. Civilrecht*, II, § 117.

Panganstecher, *Pandekten Practicum*, § 108.

Windscheid, II, § 283.

Mommsen, *Beiträge*, I, § 24.

Maynz, II, § 244 selon qui : « le caractère alternatif que l'estimation donne au rapport obligatoire a même pour effet de mettre les risques et périls à la charge du commissionnaire, à moins que l'opération ne se fasse à la demande de la partie adverse (fr. I, § 1, D. h. t.). »

Molitor, I, n° 290 et II, n° 753, déjà cité, qui rattache également le contrat estimatoire à la commission.

Van Wetter, *Obligations*, II, § 133, qui conclut aussi que « le commissionnaire... répond de toute faute, mais non du cas fortuit, sauf convention contraire ».

(4) Cujas, dans son *Digestae notae*, au livre XIX, t. X, édit. nap., col. 449 ; cf. aussi, *Recitationes in Dig.*, XIX, 5, au livre XVII, t. VII, col. 853 ; Pauli, *Receptor Sententiae*, livre II, titre IV, § 4, t. I, col. 384.

Pour Glück, on aurait dans la loi 1 un cas de convention expresse d'assumer le risque : « *Aestimatio facit periculum ejus qui suscepit periculum* » et dans la loi 17, une convention tacite d'assumer les risques (1). Dans le même ordre d'idées, on peut ranger également d'autres auteurs dont Shilling (2) pour qui la loi 1 doit se lire : « *Aestimatio facit periculum ejus qui suscepit aestimationem.* »

Enfin, selon Dernburg, suivi par de Medio et Bertolini (3), la loi 1 ne fait qu'énoncer un principe général de l'estimation qui est de transporter les risques, sauf dans le cas, qui est celui du contrat estimatoire en général, où l'obligation est remplie dans l'intérêt du propriétaire.

B. — Pour une autre classe d'auteurs, au contraire, la loi 1 établit la règle, et la loi 17 l'exception. On peut citer parmi ceux-ci Stryck (4), Chambon (5) et Accarias (6). Pour ce dernier notamment, l'explication serait purement économique et psychologique. L'initiative proviendrait presque toujours de l'« accipiens », et en compensation du gain dont on lui donne l'espérance, ainsi que pour la sécurité contre la fraude, on met les risques à sa charge selon la volonté tacite et présumée du grossiste.

Coviello (*op. et loc. cit.*, chap. XVIII) après avoir passé ces diverses opinions en revue, s'emploie à les réfuter les unes après les autres. Pour nous, cette discussion n'a plus beaucoup d'intérêt.

(1) Glück, *loc. cit.*

(2) Shilling, *Lehrbuch für Institutionem und Geschichte des Röm.*, P. R., § 327, note 1 ; Merkel, *Troedelvertrag* ; Van Wetter, *Les Obligations*, II, § 153 ; Molitor, II, n° 752.

(3) Dernburg, *Pandekten*, § 120 ; De Medio, *op. cit.*, p. 82-83 ; Bertolini, *op. cit.*, p. 426.

(4) Stryck, *Usus mod. Pand.*, XIX, § III, IV et s.

(5) Chambon, *Beiträge*, p. 83-92.

(6) Accarias, *Théorie des Contrats Innommés*, p. 279, 282. Dans le t. II, n° 653, p. 47, cet auteur distingue les trois hypothèses de la loi 17, § 1 de pr. verb. d'Ulpien et de Paul, II, 4, § 4, puis note 2, il dit : « Comment se fait-il donc qu'ailleurs (Loi 1, § 1 de Aestim.) Ulpien mette absolument les risques à la charge de l'« accipiens » ? C'est qu'il se réfère sans doute à la seule hypothèse qui présentât un caractère vraiment pratique. Il est fort probable, en effet, que le contrat estimatoire intervenait d'ordinaire entre fabricants ou gros colporteurs qu'on appelait « *circitores* » (Loi 5, § 4, de Instit., XIV, 3), gens pauvres et vivant au jour le jour qui bien évidemment offraient leurs services beaucoup plus qu'on ne leur demandait. »

En effet, il nous paraît évident que la contradiction des textes n'existe pas, car on ne parle pas du même « casus » dans les deux passages d'Ulpien.

Dans la loi 1, du « sedes materiae », sans aucun doute, il est question du contrat estimatoire. Dans la loi 17, et bien qu'il y ait une « res aestimata », nous n'avons pas du tout un cas de contrat estimatoire. Comme l'ont fait admirablement remarquer Buckland (1) et Coviello (*op. et loc. cit.*) cette loi 17, comme le texte de Paul, est en connexion avec le commodat, et d'autre part, donne beaucoup plus l'impression d'un mandat que d'un « aestimatum ».

En effet, à la différence de ce dernier, ce qui est « in obligatione », ce n'est pas l'estimation, mais le prix qui sera retiré de la vente. Les termes employés le démontrent amplement :

Paul Rec. Sent. II, 4, 4 : « Si rem aestimatam tibi dederō ut ea distracta pretium ad me deferres.... »

D. XIX, 5 loi 17, 1 : « Si margarita aestimata tibi dederō, ut aut eadem mihi afferres aut pretium eorum ».

Il en résulte que si la vente n'a pu avoir lieu, par suite de la perte casuelle de la chose, l'« accipiens » est déchargé de ses obligations suivant le principe général « res perit ei cui debetur ». Il ne peut, en effet, être tenu au paiement de l'estimation, puisqu'elle n'est pas l'objet de l'obligation, ni au prix puisque celui-ci suppose que la vente s'est réalisée ; ni finalement à la restitution de la chose, puisqu'elle a péri par cas fortuit.

On a, en vérité, plutôt un cas de mandat de vente accompagné du dépôt ou du prêt de la chose estimée. On y voit, en effet, l'idée que le recevant a un prix minimum auquel il est autorisé à vendre la marchandise prêtée ou déposée, prix dont il doit compte intégralement à son mandant (ut ea distracta pretium ad me deferres), et par voie de conséquence l'idée que l'« accipiens » doit faire tout son possible pour accomplir la mission qu'on lui a confiée (si quidem ego te rogavi) ou qu'il s'est chargé de mener à bien (si tu de vendenda promisisti).

Et l'on comprend très bien que ce contrat mixte non spécialement réglementé, les Prudents n'aient pu faire autrement que de le sanctionner par l'action générale « praescriptis verbis ».

(1) Buckland, *Aestimatum*, déjà cité, p. 145-146.

L'on comprend également leur solution pour les risques. Comme dit Buckland (*op. cit*) : « Si, en effet, la transaction était du type normal dans lequel le colporteur ou détaillant prend la chose en vue de la vendre à un prix plus élevé que l'estimation, il serait absurde de faire dépendre la question des risques de la réponse à la question : qui a fait le premier pas dans cette affaire. Mais c'est très différent quand ce qui est arrivé est que A a demandé à B d'offrir la chose à X ou tout autre, comme un « chaland », à un certain prix. Là, il y a un mandat ordinaire, et le risque est naturellement pour le « *mandator* ».

Mais, dans le cas inverse, l'« *accipiens* » ayant assumé l'affaire dans son seul intérêt personnel, devra en supporter les risques. C'est ce qui arrive dans l'hypothèse similaire de la loi 11 pr. D. XII, 1, où quelqu'un demande de l'argent à un ami, qui, n'en ayant pas, lui donne, en lieu et place, un objet précieux pour qu'il le vende et, avec l'argent retiré de la vente, s'en serve à titre de *mutuum*. En cas de perte de la chose avant la vente, le risque est entièrement pour l'« *accipiens* ».

Ainsi, écartés les deux textes qui pouvaient prêter à confusion, il ne nous reste plus que celui qui s'imposait de lui-même, puisqu'il est tiré du « *sedes materiae* ». Or, qui dit le § 1 de la loi du D. XIX, 3 : « *aestimatio facit periculum eius qui susceperit : aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit.* »

Malheureusement, le verbe « *susceperit* » de la première phrase manque de complément, ce qui nuit à l'intelligence du texte. *Susceperit* quoi ?

D'aucuns, comme nous l'avons vu, ont proposé « *periculum* », ce qui ne signifie rien en soi puisque cela revient à dire que le risque est à la charge de celui qui le supporte.

D'autres ont proposé : « *negotium* », ce qui ne peut grammaticalement, ni logiquement être soutenu « Supporter » un contrat, cela ne se conçoit pas, surtout lorsqu'il s'agit, comme le nôtre, d'un contrat bilatéral.

Nous acceptons donc, avec Coviello, l'opinion de Schilling qui, après « *susceperit* », sous-entend « *aestimationem* ». Grammaticalement et logiquement, cela se conçoit fort bien : l'estimation met le risque à la charge de celui qui la supporte, c'est-à-dire à la charge de l'« *accipiens* » qui doit la payer en cas de non restitu-

tion de la chose. Et peu d'auteurs doutent que le « *sedes materiae* » ait mis les risques uniquement de son côté.

Mais, si la solution ne fait pas de doute, l'explication juridique ne laisse pas de susciter des difficultés. Ces difficultés, comme presque toujours proviennent d'une confusion. Ce n'est pas, en effet, comme pourrait le faire croire cette phrase, l'estimation qui, par elle-même, par sa propre vertu, entraîne la responsabilité des risques pour celui qui doit la payer.

Cela serait inexact, car, comme nous l'avons vu (1^{re} Partie, chap. III), l'estimation n'a pas toujours les mêmes effets. Elle peut être faite « *taxationis causa* », « *venditionis causa* » ou « *taxationis causa* » dans le but de transférer les risques. Or, nous avons vu que l'estimation du contrat estimatoire ne pouvait rentrer dans aucun de ces cas là. Qu'elle n'avait qu'un but et qu'un effet très particulier : celui de rendre alternative l'obligation de celui à qui on remet la chose. C'est exactement ce qui se passe dans une autre hypothèse : celle de la loi 10 § 6 du D. XXIV, 3, au sujet de la dot dont nous avons déjà parlé : « Si les choses ont été données en dot, bien qu'estimées, il convient en vérité qu'ou l'estimation ou la chose soient fournies. » Or, que dit cette loi, *in fine* : « Mais si la chose n'existe plus, le mari doit de toute façon fournir l'estimation. »

Mais cette phrase, c'est la clef du problème ! L'estimation, en effet, ne transfère pas les risques par elle-même. Mais, par le fait qu'elle rend alternative l'obligation de l'« *accipiens* », celui-ci doit, par voie de conséquence, supporter les risques.

En effet, quand, dans une obligation alternative, une des deux choses placées « *in obligatione* » périt, l'obligation d'alternative qu'elle était devient simple. De telle sorte que le débiteur est tenu de faire la prestation de la chose qui reste, quand bien même il aurait eu le droit de choisir (articles 1193 et 1194 Code Civil). Et quand « les deux choses sont périées sans la faute du débiteur, et avant qu'il soit en demeure, l'obligation est éteinte, conformément à l'article 1302 » (article 1195 Code Civil).

Mais, dans le cas du contrat estimatoire, l'une des deux choses dues est une « *aestimatio* », c'est-à-dire une somme d'argent. Or, étant une chose de genre, elle ne peut périr : « *genus numquam perit*. » Le débiteur ne pourrait donc jamais alléguer l'impossibilité d'une telle prestation. Il sera donc tenu de toute façon, comme

dit le texte cité plus haut, à payer l'estimation. Aucun cas fortuit ni force majeure ne pourra l'exonérer de son obligation de payer.

L'« accipiens » subira ainsi la charge des risques, non du fait de l'estimation elle-même, mais par le fait qu'elle est l'objet d'une obligation alternative.

C'est d'ailleurs ce qu'avait pris la peine d'expliquer Ulpien lui-même pour compléter sa première phrase : « ...aut igitur (1) ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem de qua convenit. »

Ce n'était vraiment pas la peine de chercher tant de complications, comme l'ont fait certains auteurs (surtout allemands) quand Ulpien s'est donné la peine de justifier sa propre solution dans le texte même ! Solution qui se conçoit très bien d'ailleurs, toujours d'après la même idée que nous avons rappelée en matière de faillite : Le contrat estimatoire est généralement fait pour éviter les risques à celui qui confie la chose (2).

(1) *Igitur* indique bien la liaison entre les deux idées, la relation de cause à effet.

(2) Il est curieux de constater que c'est la solution exactement inverse qui a été adoptée par les Anciens Codes de langue allemande.

Code Prussien, art. 516 : « Jusqu'à l'expiration du terme, le précédent détenteur supporte les détériorations et pertes survenues sans faute grave ou médiocre de celui qui a reçu la chose. »

Code Civil Autrichien, art. 1087 : « Pendant la durée du temps fixé, le commettant demeure propriétaire. Le commissionnaire est responsable envers lui du dommage causé par sa faute... »

Code Civil Saxon, § 1292 : « Le dépositaire répond de sa faute conformément à l'article 728. Il ne répond pas de la perte de la chose par cas fortuit. »

Mais cela n'a rien d'étonnant quant on sait que ces Codes, comme nous l'avons vu, ont rattaché le contrat estimatoire soit à l'idée de vente, soit à l'idée de mandat, où dans les deux cas leur solution se justifie — par l'idée de vente, car étant sous condition suspensive, le risque n'est pas transféré avant l'arrivée de la condition (res perit debitori, art. 1182 C. Civil, solution de M. Thaller, p. 17, *op. cit.*) — par l'idée de mandat, parce que le mandataire ne peut être responsable que de sa faute.

Mais il faut rendre grâce à ces Codes d'avoir donné une solution nette et de ne pas s'être embarrassés dans les subtiles distinctions des auteurs de langue allemande.

La jurisprudence française, nous l'avons vu, ne traite pas de la question des risques. Elle a comme unique préoccupation, dans les cas qui rentrent dans le cadre

du contrat estimatoire, de savoir s'il y a ou non délit dans le fait pour l' « accipiens » de ne pas restituer la chose ou de ne pas payer le prix.

Une seule décision, celle du 2 novembre 1928 (*Argus de l'assurance*, n° 2.535), fait allusion des risques. Mais, comme nous l'avons fait remarquer, elle n'a pas trait à un cas spécifique de contrat estimatoire. Elle se rattache plutôt à l'idée de mandat et c'est ce qui explique sa solution. « Faute par lui (le courtier) *de pouvoir justifier d'un cas fortuit ou de force majeure*, le dégageant de l'obligation de restituer la perle qui lui a été confiée pour la vente, le courtier en bijoux est responsable de cette perte et doit la réparer ».

C'est donc admettre par « *a contrario* », qu'au cas où le courtier avait pu valablement invoquer un cas fortuit ou une force majeure, il aurait été dégagé de toute responsabilité,

CHAPITRE VI

Actions contre les tiers

Le tiers-acheteur n'ayant aucun lien de droit avec le propriétaire de la chose, n'a donc aucune action contre lui. Il n'a de rapports qu'avec l'« accipiens » vendeur à qui seul il peut demander l'exécution de ses obligations.

Inversement, le propriétaire de la chose n'a aucune action contre le tiers-acheteur, notamment pour reprendre la chose, s'il n'a pas encore reçu l'estimation convenue.

Cependant, il y a là une petite différence. En effet, si l'acheteur n'a pas encore payé son prix, l'ex-propriétaire de la chose pourrait agir contre lui « utendo juribus », en vertu de l'action oblique de l'article 1166. Mais nous avons vu qu'agissant ainsi, il ne conservera pas seul le bénéfice de l'action (1). La valeur obtenue par lui ne lui est pas attribuée à l'exclusion des autres créanciers : elle tombe dans le gage commun à tous. Mais, il faut toutefois observer que ce concours des créanciers n'a lieu qu'autant qu'ils se présentent en temps utile. Sinon, le poursuivant, étant seul en cause, conserve la valeur obtenue, tout au moins jusqu'à concurrence de ses droits.

Le « tradens » a donc parfois intérêt à exercer cette action, surtout quand il n'y a pas d'autre créancier que lui.

C'est un cas tout différent de la faillite, où le produit de l'action oblique tomberait fatalement dans la masse. C'est pourquoi, nous l'avons fait remarquer, le privilège résultant du § 2 de l'article 575 ne se rattache pas à l'idée de la subrogation, mais plutôt à celle de l'action directe conférée, dans certains cas, par la loi.

Il est bien évident, toutefois, qu'en exerçant l'action oblique, tout comme en faisant valoir la « revendication » de l'article 575, 2, le « tradens », ne peut prétendre à autre chose que ce à quoi il a droit d'après le contrat : c'est-à-dire uniquement le montant de l'estimation et non le prix qui a été retiré de la vente. La différence doit revenir à l'« accipiens » qui n'a pas perdu ce droit au bénéfice.

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VII, n° 923, p. 227.

CHAPITRE VII

Modes d'Extinction

Le contrat estimatoire n'offre rien de spécial à ce sujet. Il finit par les modes généraux d'extinction des contrats, sauf le cas fortuit, comme nous l'avons vu.

Il n'y a qu'une petite difficulté relative à la prescription. Jusqu'à quand doit-elle courir ?

L'article 2272 du Code Civil, 6° alinéa (loi du 26 février 1911) décide que « l'action des marchands pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers *non* marchands se prescrit par *deux ans* ».

Mais cet article est difficilement applicable au contrat estimatoire. En général, en effet, celui qui veut écouler la marchandise la confie plutôt à un professionnel, à un marchand qui, par ses aptitudes obtiendra bien plus facilement le but cherché. En réalité, d'ailleurs, l'article 2272 vise plutôt le cas d'une vente faite à un particulier qui garde la chose pour son usage personnel et pour sa consommation.

Or, dans le contrat estimatoire, l'« accipiens » ne reçoit pas en principe la chose pour son usage personnel, mais au contraire pour l'écouler au plus vite. Et surtout, l'assimilation est impossible, puisque le contrat estimatoire est exclusif de l'idée de vente « *inter partes* ».

On n'a donc plus qu'une solution : appliquer purement et simplement la prescription de droit commun, c'est-à-dire celle de trente ans (1).

(1) En droit italien, il y a une prescription différente pour le cas où l'acte est commercial pour l'une des parties (art. 915 et 917 C. Com. italien). (Coviello, *op. cit.*, p. 38). Le droit français, lui, ne fait aucune distinction.

Le terme de départ de cette prescription sera fixé, bien entendu, au jour où l'accipiens aurait dû accomplir son obligation. Si aucun délai n'a été fixé dans la convention, ce sera à partir du jour de la mise en demeure du tradens. Soit mise en demeure d'accomplir la prestation choisie, si le choix lui appartient. Soit mise en demeure de prendre parti, si le choix appartient à l'« accipiens ». Si le « tradens » n'a fait aucun acte juridique postérieur, de nature à interrompre la prescription, celle-ci est donc acquise à l'« accipiens » au bout de trente ans.

Si le « tradens » n'avait pas mis en demeure l'« accipiens » dans ces cas-là, il y a lieu de décider que ce dernier aurait jusqu'à son décès pour accomplir la prestation (1).

(1) C'est la solution pour l'obligation « si voluero », comme nous l'avons vu précédemment. Solution que nous avons tempérée par la possibilité d'une mise en demeure.

CHAPITRE VIII

Variétés du Contrat Estimatoire

Le contrat estimatoire peut comporter quelques clauses accessoires et c'est ce qui a souvent égaré la jurisprudence.

Ainsi, il peut comporter l'allocation d'un salaire pour l'« accipiens », salaire qu'il recevra de toutes les façons, même si la chose n'est pas vendue.

Cela est prévu par le « sedes materiae » lui-même à la loi 2 du D. XIX, 3 : (Paul 30 ad. Ed.) « Haec actio utilis est et si *merces intervenit*. »

Certains auteurs ont soutenu (1) qu'il s'agissait là d'une action « aestimatoria utilis » pour obtenir la compensation convenue. Mais, au contraire, le sens du texte veut dire que l'action « aestimatoria » « praescriptis verbis » a lieu *même* quand il y a eu prévision d'un salaire (C'est la traduction exacte de la conjonction « et » qui veut dire « en outre », « aussi », « même »). Le mot « utilis » signifie ici « efficace », « valide », et non « à titre utile », comme dans les actions concédées par fiction « utiliter » (2).

Une telle compensation n'altère pas la nature du contrat. On peut, en effet, estimer qu'il se superpose un contrat de louage de services au contrat estimatoire. Mais, le recevant est toujours tenu à son obligation alternative, et il a toujours droit au bénéfice qui se cumule avec son salaire (3).

(1) Doveri, *Instituz. di dir. rom.*, 2^e éd., Florence, 1866, vol. II, p. 124 ; Brugi, *Instituz.*, p. 2 et 129, cité également par Bertolini (*op. cit.*).

(2) En ce sens : Bertolini, *op. cit.*, p. 419 ; Windscheid, *Droit des Pandectes*, vol. II, p. 72 ; Coviello, *op. cit.*, p. 397 ; De Medio, *op. cit.*, p. 68-69.

(3) De Medio, *op. et cit. cit.*, appuyé par Bertolini, *idem*.

On peut également concevoir, ce qui arrive souvent, que le recevant soit obligé de vendre à un certain prix. Mais le fait qu'il y a un prix imposé ne change pas la nature de notre contrat. En effet, le « recevant » est seulement obligé, s'il vend, de demander tel prix et non un autre, mais il n'est pas du tout obligé par ce fait même à vendre. Aucune idée de mandat ne naît de cette obligation. Il y a simplement une restriction de liberté qui peut exister tout aussi bien dans le cas d'une vente véritable, dans laquelle l'acquéreur est tenu de revendre à un prix imposé.

Cette clause est fréquemment usitée par des fabricants de produits courants, mais dont la marque est très répandue dans le public et qui veulent ainsi éviter que l'on spéculé sur leurs produits ou, au contraire, qu'on les déprécie. Ils font ainsi des barèmes comportant des prix à l'usage des détaillants. Il est évident qu'ainsi le bénéfice est limité. Mais pas plus dans ce cas que dans celui du contrat estimatoire, on n'a jamais pensé à un mandat de vendre. Il y manquera toujours l'obligation principale du mandataire : celle de rendre compte.

Un cas courant d'application de cette clause dans le contrat estimatoire est celui des marchands de journaux. On ne concevrait pas qu'un de ces détaillants se permette de vendre un journal à un prix autre que celui qui est marqué. Et pourtant, ce ne sont pas des dépositaires (malgré le terme impropre employé dans la pratique), ni des mandataires. Ils vendent si cela leur plaît, ils n'ont aucun compte à rendre. Ils ont uniquement l'obligation alternative, soit de restituer les numéros dont ils ne veulent plus (et qui ne représentent pas toujours la totalité des invendus), soit de payer le « forfait » pour lequel on leur livre lesdits journaux. Il n'en est différemment qu'au cas où l'administration du journal leur fait « boire le bouillon », auquel cas il y a une véritable vente (et non un mandat). Mais cette hypothèse est assez rare, les petits marchands de journaux disposant d'habitude de maigres capitaux.

Enfin, une autre clause peut être prévue, comme nous l'avons vu, sans dénaturer le contrat estimatoire. C'est celle où la liberté du choix appartient au « tradens ».

C'est l'application pure et simple de l'article 1190 du Code Civil sur les obligations alternatives : « Le choix appartient au débiteur,

s'il n'a été expressément accordé au créancier. » Il faut donc une clause spéciale, pour l'établir (1).

Mais qu'arrivera-t-il, si, au moment où le « tradens » ayant fait son choix pour la restitution de la chose, celle-ci a été vendue ?

Il est évident que l'« accipiens » ne peut plus la restituer. Il ne peut pas se délier d'un contrat valablement conclu et pour un tiers qui n'y a pas été « partie ».

Or, l'« accipiens », en vendant n'était pas en faute. Il n'a fait au contraire que satisfaire au but économique du contrat.

Et cependant, on ne peut appliquer l'article 1192 aux termes duquel « l'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses promises ne pouvait être le sujet de l'obligation ». En effet, cette impossibilité doit exister au moment de la naissance de l'obligation (Planiol et Ripert, *op. et loc. cit.*), c'est-à-dire à la conclusion du contrat estimatoire.

Cependant, par suite de la survenance de la vente, la prestation de la chose devient au moins juridiquement impossible, c'est un peu comme si elle avait péri. Il nous semble donc que l'on peut appliquer l'article 1194, aux termes duquel le créancier a droit seulement à la chose qui reste quand il n'y a pas faute du débiteur (2).

D'ailleurs, il y aurait un certain illogisme à soutenir le contraire dans notre cas, puisque le créancier, ex-propriétaire, a consenti d'avance à ce que sa chose soit vendue. Il a fait suivant le terme du Digeste⁶⁸, qui a été détourné de son sens depuis, un « vendendum dare ». Il ne saurait par conséquent s'opposer à une vente qu'il a lui-même souhaitée.

La liberté du choix n'est pas supprimée par cette solution ; mais, à notre avis, le créancier ne pourra exercer arbitrairement ce choix que tant que la chose n'aura pas été vendue. Nous entendons vendue définitivement, mais non sous condition par exemple. Dans ce cas, l'« accipiens » aurait le devoir de prévenir son acquéreur du privilège réservé au « tradens » et le choix de ce dernier qui est un tiers au contrat pourrait fort bien devenir une condition suspensive ou résolutoire supplémentaire de ce dernier.

(1) En ce sens : Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VII, n° 1049.

(2) En ce sens : Planiol et Ripert, *op. et loc. cit.*, n° 1051, qui assimilent au cas de la perte, celui où les prestations deviennent impossibles.

En effet, le « tradens » ne peut nullement voir son droit de choisir rester en suspens tant que la condition d'un contrat auquel il n'a pas participé n'a pas été réalisée. Mais, par contre, on peut fort bien admettre à son égard ce que nous avons admis pour l'« accipiens », c'est-à-dire que ce dernier aura le droit de le mettre en demeure de prendre parti. Cette mise en demeure peut être faite par un tribunal, qui, à l'expiration du délai par lui imparti, fixera lui-même, sur la désignation du débiteur, la prestation qui devra être accomplie (1).

(1) Planiol et Ripert, *op. et loc. cit.*, n° 1049.

CONCLUSION

Le contrat estimatoire existe. Il existe encore à l'heure actuelle, où il est couramment pratiqué. Il a sa physionomie particulière, sa nature, ses règles propres, et se distingue de tous les autres contrats spécialement réglementés. Nous espérons l'avoir démontré.

Cette « résurrection » d'une convention du droit romain, dans le cadre général des obligations, n'est pas unique. On pourrait trouver d'autres cas de contrats dits innommés, qui n'ont pas eu la même chance que l'échange ou la transaction, ou encore la donation « sub modo », et qui sont souvent restés dans l'ombre, du fait de n'avoir pas trouvé de place spéciale dans nos codes.

Est-ce à dire qu'il faudrait réglementer toutes les conventions possibles entre individus ? Non, cela est impossible, le principe de l'autonomie de la volonté ouvre un champ trop vaste à l'imagination pour que l'on puisse songer à le limiter, même indirectement.

D'autre part, possédant une théorie générale des obligations, on peut dire qu'il n'y a aucun contrat qui ne soit pas régi par la loi, sage barrière aux abus que des contractants inexpérimentés, ou au contraire non dépourvus d'intentions dolosives, pourraient commettre.

On doit donc se résoudre, comme nous l'avons d'ailleurs indiqué dans un de nos chapitres, à admettre l'existence de contrats innommés, ou plus exactement non spécialement réglementés dans le droit français.

Le contrat estimatoire est l'un de ceux-là. Est-ce un état satisfaisant, une solution qui ne prête pas à critiques ?

Trop souvent, au cours de cette étude, nous avons rencontré des difficultés, des contradictions provenant de cette absence de réglementation. La nature du contrat estimatoire est vraiment trop parti-

culière, il nous semble, pour qu'on puisse le rejeter dans la masse indistincte des contrats communs. Il risque trop de se confondre avec d'autres, et les solutions qui découlent de ces rapprochements multiples d'être contradictoires.

C'est pourquoi il nous paraît que pour lui on pourrait faire une exception.

Lorsque nous avons étudié les anciens codes de langue allemande qui règlent notre convention, nous avons dit qu'une mauvaise solution nous semblait préférable à la situation de ne pas en avoir du tout.

Nous avons ainsi, croyons-nous, répondu au désir exprimé dans l'article de M. Thaller et dans le Cours de M. Fliniaux, en attirant à nouveau l'attention sur ce cas typique d'abandon et sur ses dangers.

Le législateur, depuis le Code Civil, a réglementé bien des conventions moins importantes et moins courantes que la nôtre. Peut-être ne serait-il pas impossible d'espérer qu'un jour les inconvénients de ce silence sur une opération qui répond si bien aux nécessités modernes, ne se fassent sentir assez sérieusement pour susciter une disposition législative.

Encore une fois, les jurisconsultes romains nous auront montré le chemin, et leur génie pratique aura conçu, des siècles à l'avance, des solutions qui peuvent encore s'appliquer à la technique des marchés modernes. Mais cette modeste étude, comme nous l'avons dit au début, ne s'était proposée qu'un but : la projection sur le droit moderne d'une institution très intéressante et très particulière du droit romain.

Si elle a réussi à montrer le caractère encore actuel du problème, elle aura plus que dépassé les espérances de son auteur.

D'autres pourront, mieux que lui, sans doute, et avec plus d'autorité susciter cette réglementation légale qu'il ne peut qu'encourager de tous ses vœux.

VU : *Le Président,*
Georges RIPERT.

VU : *Le Doyen,*
BERTHÉLEMY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

- ACCARIAS. — *Précis de Droit Romain* (4^e éd.), T. II ; *Théorie des Contrats Innommés et Explication du Titre De Praescriptis Verbis au Digeste* (Paris 1873, Cotillon et Fils, édit.).
- ACCURSE. — *Glossa, Corpus Juris Civilis*, (Ludguni 1556-1558), 5 vol. in-fol.
- ADLER. — *Realcontract und Vovertrag*, dans *Jarbücher de Ihering*, vol. XXI (Iéna, 1857-1891).
- ALAUZET. — *Commentaire du Code de Commerce de la Législation Commerciale*, T. III (Paris, Cosse et Maribal, 1856-1857), 4 vol. (3^e éd., Paris, 1879), 8 vol.
- AUBRY et RAU. — *Cours de Droit Civil Français, d'après la Méthode de Zachariæ*, 5^e éd. revue par E. Bartin (Paris, Marchal et Godde, 1900-1922).
- BARON. .. *Pandekten* (Lepizig, 9^e éd. 1896), 1 vol. in-8°.
- BARTHOLE. — *Comment. in Dig.* (Ed. Venetiis 1602).
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — 3^e *Traité de Droit Civil « Des Obligations »* (1907-1908), 3 vol.
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — T. I. (2^e éd.), *Traité de Droit Civil* (Paris, L. Larose, 1900).
- BERTOLINI. — *Appunti Didattici di Diritto Romano* (Universita di Torino, Torino 1905-1914) année 1906.
- BESELER. — *Beitrag* (1911).
- BETTI. — *Valore dannatico della categoria « contrahere »*.
- BIVORT et TURLIN. — *Etude sur le Courtage de marchandises*, 2^e éd. (Paris, Impr. des Halles et de la Bourse de Commerce, 1888).
- BÖHMER. — *Exercitationes ad Pandectas* (ex. L. IV, vol. 3^e Cottin-gae 1748) : « *De Translatione dominii in contractu aestimatorio* ».

- BRÜKNER — *De Contractu Aestimatorio* (Iéna 1710).
- BRUGI. — *Istituz. Di Diritto Romano* (Diritto privato giustiniano), 32^e éd. (Torino 1926, in-8°).
- BRUNNEMAN. — *Comm. ad Pandectas*. Livre XIX (Lugduni 1715), 2 vol. in-fol.
- BUCHARDI. — *Sistema et Storia di Diritto Romano*.
- BUCKLAND. — « *Aestimatum* », dans *Mélanges Cornil*, (1926 T. I).
- BUHL. — *Das Conditionsgeschäft*. Beiträge, zur Lehre von Aner Kennungsvertage (Heidelberg, 1875, in-8°).
- CAPITANT. — *De la cause dans les Obligations*, (Paris, Dalloz, 3 éd. 1927-1926).
- CASSIN (R.). — *De l'Exception d'Inexécution*, Thèse, Paris 1914.
- CHAMBON. — *Beiträge, Die Lehre von dem contractus aestimatorius*, dans : « *Beiträge zum Obligationenrecht* » (1^{er} vol., Iéna 1851).
- CHENON (Emile). — *Programme du Cours d'Histoire du Droit Français*, (Paris, Larose et L. Tenin 1907).
- COCCEJO. — *Jus Civ. Controversum*. Livre XIX (Francofurti et Lipsiae, 1753, 2 vol. in-4°).
- COLIN et CAPITANT. — T. II, *Cours Élémentaire de Droit Français*, Paris, Dalloz, 7^e éd. 1932) (Julliot de la Morandière).
- COLLINET. — *Revue Belge de Philologie et d'Histoire* (1925), *Revue Historique de Droit* (1929).
- COMBESCURE. — *Existe-t-il des Contrats Réels en Droit Français ?* *Revue critique* 1903, pp. 477-491.
- COLMET DE SANTERRE (DEMANTE et). — *Cours Analytique de Code Civil*, continué depuis l'art. 930 par Colmet de Santerre.
- CONNANI. — *Comm. Jur. Civ.*, livre VII, à Barth Faio recogniti et Collati (Lutetiae Parisiorum, 1558, 1 vol. in-fol.).
- COSACK (C.). — *Traité de Droit Commercial*, Traduit sur la 6^e édition allemande (1903) par Léon Mis (préface de Thaller), (Paris V. Giard et E. Brière, 1904-05, 2 vol. in-8°), T. II.
- COSTA (E.). — *Cours*. Vol. 2 dans : « *Storia del Diritto Romano Privato dalle Origini alle Compilazioni Giustinianee*, (Torino Fratelli Bocca, 1911, in-8°, XXIII).
- COVIELLO (Nicolas). — « *Del Contratto Aestimatorio* » dans la *Rivista Italiana per la Scienze Giuridiche*, (Torino Fratelli Bocca Editori, Année 1893), vol. XV, fasc. III et vol. XVI, fasc. I.

- CUJAS. — *Paratitla*, Livre L du Digeste (vol. 1, éd. Nap.) Digestae Notae.
- CUQ. — *Institutions Juridiques des Romains* (4^e éd.), T. II (Plon Nourrit, éd.) 1904, 4^e éd. 1928, in-8°.
- DE FERRIÈRE. — *La Jurisprudence du Digeste* au titre « *De Aestimatoria* » (Lutstraz. 1611).
- DELAMARRE et LE POITVIN. — *Traité de Droit Commercial* (Charles Hingrey), II^e volume, *Traité du Contrat de Commission*, T. I. (Joubert, 1840).
- DEMANEAT. — *Cours Élémentaire de Droit Romain* (1866, 2^e éd.), T. II.
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — *Cours Analytique de Code Civil*, T. VII (Plon et Nourrit, édit., 3^e éd., 1895-1896).
- DEMENGET et PEYRONNY. — *Du Mandat, de la Commission et de Gestion d'affaires*, 2^e éd.
- DEMOGUE. — *Traité des Obligations*, T. II.
- DEMOLOMBE. — XXIV, *Cours de Code Civil* (Paris, A. Durand et Pedone Lauriel, 1845-1882, 31 vol.).
- DERNBURG. — *Preuss. Privatreich*, II (Halle, Burhlandlung et Weirenhauses, 1875-1880).
- DOMAT. — *Les Lois Civiles dans leur ordre naturel* (Ed. Paris 1713) et (Paris, J. B. Coignard, 1689-1694, 3 vol. in-4°). Edition Remy, 1^{re} partie.
- DOVERI. — *Istituz di Dir. Rom. II* (Edit. Florence 1866), vol. II.
- ESMEIN. — *Cours Élémentaire d'Histoire du Droit Français* (Sirey, 1919), 12^{me} édition, *Etudes sur les Contrats dans le très Ancien droit français*.
- FABRE (J.). — *Des Courtiers* (Paris 1883), 2 vol. in-8°), T. II.
- FABRO. — *Rationalia in Pandectas*, V et X.
- FENET. — *Recueil complet des Travaux Préparatoires du Code civil* (Paris, Videcoq, 1836, 15 vol. in-8°).
- FLACH. — *Etudes Critiques sur l'histoire du droit romain au Moyen-Age ; Le Droit Romain dans les Chartres du IX^e au XI^e siècle en France* (Montpellier, Imprimerie Générale du Midi s. d.).
- FLINIAUX. — *Cours de Droit Romain*, Année 1931-1932.
- FLÖRKE. — *Diss. de Contr. aestimatorio tanquam Contr. nominato* (Italae 1756).
- DE FRANCISCI. — *Synallagma* II et I (1913).

- FRIEDRICHS. — *Trödelvertrag und Conditionsvertrag* (Breslau 1890).
- GAREIS. — *Endemann's Handbuch*, Vol II (Leipzig, R. Reisland, 1881-1884).
- GÖSCHEN. — *Vorles über das Gemeine Civilrecht*, T. II (Gottingen, Vaudenhaük u. Ruprecht 1838-1839).
- GENY (François). — *Science et Technique en droit privé positif* (1921, Recueil Sirey).
- GIASON DEL MAYNO. — 2^{me} Dig. Vet. Part. Comm.
- GIFFARD. — *Rev. Histoire du Droit* (1930).
- GIRARD. — *Manuel Élémentaire de Droit Romain* (Paris, Rousseau, 1929, 8^e éd.).
- GIUSEPPE GROSSO. — « Sulla fiducia a scopo di « manumissio » dans la Rev. Ital. per Sc. Giur., N. S. IV (1929).
- GOLDSCHMIDT. — *Universalgeschichte des Handelsrechts*, dans 3^{me} édit. de son « Handbuch des Handelsrechts » (Stuttgart 1891).
- GRÜNHUT. — *Das Recht des Commissionshandels* (Wien, A. Hölder, 1879).
- GUILLOUARD. — *Traité du Louage* (3^{me} éd. T. I.). Livre III, Titre VIII du Code civil (Paris, Durand, 1891, 2 vol. in-8°).
- GUYOT. — *Une nouvelle conception de la Théorie des Contrats réels*, Revue générale 1911, p. 152 et suiv.
- HELLFELD. — *Jurisprud. forens* (Iéna 1783).
- HERTIUS. — *De Electione ex ob. Alternativa* (Comm.). — *De Conventionibus dominii translativis* (Comm.) (Francfort 1700 et 1713).
- HUVELIN (P. L.). — *Essai Historique sur le droit des marchés et des foires*, Thèse, Paris 1897 (A. Rousseau, in-8°, 620 p.).
- KAHN. — *La notion de l'aléa dans les Contrats*, Thèse, Paris 1924.
- KÖCHY. — *Im dem Trodelkontrakte geht das Eigenthum der Sache nicht eher auf den Trödler über, als bis der auss chbags-mässige Werth bezahlet worden ist* (Meditationen, n° 14).
- KRETSCHMAR. — *Prager Juristische Zeitschrift* 8 (1928).
- LABBÉ. — *Explication des Institutes de l'Empereur Justinien par Ortolan*, revue par Labbé, XII^e éd. (Paris 1883).
- LAROMBIÈRE I. — *Théorie et Pratique des Obligations* (Nouv. éd., Paris, 1885, 7 vol. G. Pedone Lauriel).

- LAURENT XV. — *Cours Élémentaire de Droit Civil* (Bruxelles, Bruylant, Cristophe ; Paris, A. Marasq 1881, 4 vol. in-8°).
- LAUTERHACH. — COLLEG. PAND., Vol. I (Tubingen 1692-1706, Costa).
- LEDUC. — *Théorie des Contrats réels*, Thèse, Paris 1910.
- LENEL. — 1^{re}, 2^{me} et 3^{me} édition (1927) de son « *Edictum Perpetuum* ». — *Palingenesiae Juris Civilis*, vol. I.
- LEONARD (R.). — « *Aestimativus Contractus* » dans *Encyclopédie de Pauly Wissowa*, vol. I.
- LEPE. — *Ueber den Ursprung des Kommissionshandels*, dans la *Zeitsche* (H. R., 26^e vol. 1881).
- LIPP. — *Beitrag zur Lehre das Trödelvertrags* (Heidelberg, 1880).
- LOCRÉ. — *Législation Civile, Commerciale et Criminelle*, T. XII (Paris, Trentsel et Würtz, 1827-1832).
- LOISEL. — *Institutes Coutumières* (Michel Bobin et Legras, à Paris, 1665).
- MAINZ. — *Cours de Droit Romain*, 5^e éd., T. II.
- MAURY. — *Essai sur la Notion d'Equivalence en Droit Français*, Thèse, Toulouse, 1920, I.
- DE MEDIO. — « *Il contractus Aestimativus* » (Messine, 1900) (Rapporté par R. Ruggiero, dans la *Revue La Cultura* N. S. a. 20 (1901), pp. 11 et suiv.).
- MERKEL (Julius). — *Trödelvertrag* (dans : « *Weiske's Rechtslexikon*, vol. XI).
- MEYLAN. — *Origine et nature de l'action Praescriptis Verbis*, Thèse, Lausanne 1919, 149.
- MICHAELIS. — *De Mercatura Procuratoria* (Tubingae 1829).
- MOLITOR. — *Droit des Obligations*, T. II (2^e éd. Paris, A. Durand, 1866-1867).
- MOLLOT. — *Bourses de Commerce. Agents de Change et Courtiers* (3^e éd., Paris, Cotillon, 1853).
- MOMMSEN. — *Beiträge*, I.
- MÜLLER. — *Vindiciae Contr. Aestim. secundum eos qui in nominatorum numerum adserunt tentatae* (Leipzig 1778).
- PALAZZO (Alfredo). — « *Il contratto Aestimativo* », dans « *Archivio Giuridiche* », vol. 74 (an. 1905).
- PAOLO DI CASTRO. — 2^a am *Digest. vet. Partem Comm.* (Lugduni 1545), Prima et Secunda super codice.
- PEROZZI. — *Istituzioni* (1^{re} éd. 1908) T. II (2^e éd. 1928) T. II.

PIC. — *Législation Industrielle* (Paris, A. Rousseau, 1903).

PLANIOI. — *Classification synthétique des Contrats*, dans *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, oct. 1904.

PLANIOI et RIPERT. — 6^e édit. du *Traité Élémentaire* (1902), T. II. *Traité Pratique de Droit Civil*, T. V.

— T. VI (Paul Esmein, 1930) *Obligations*, 1^{re} Partie.

— T. VII (Paul Esmein, 1931) *Obligations*, 2^e Partie.

— T. III (Maurice Picard, 1926) *Les Biens*.

— T. X (Joseph Hamel et Bernard Perreau, 1932) *Contrats Civils*.

PLESNIA. — *Théorie des Contrats Réels* (Paris, L. Larose et L. Tenin, 1910).

PONCHEVILLE. — *Règles générales de la Commission et du Courtage en Droit Français, précédées d'une étude sur le mandat en droit romain*, Thèse de Doctorat, dans « *Mélanges Valette* » n° 21 (Paris, Moquet, 1864), II^e Partie.

POTHIER. — *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre*, traduites par M. de Bréard de Neuville (Revue par M. Moreau de Montalin) (Paris, Donday-Dupré, 1818-1824, 26 vol. in-8°).

— *Traité des Obligations. Contrats réels*, dans « *Œuvres de Pothier annotées par Bugnet* », T. II.

RHEINHOLD. — *Der Trödelvertrag*, Etudes (Vienne 1884).

RICCIUS. — *De mercibus in commissionem mercatori ad vendendum daris*, dans l'*Exercitationes jur. camb.* XI, vol. 2, p. 176.

(F. C.) SAVIGNY. — *Histoire du Droit Romain au Moyen-Age*, Trad. fr. Guénoux sur la dernière édit. (Paris, Ch. Hingray, 1839, 4 t. en 3 vol. in-8°).

SCHILTER. — *Praxis Juris Rom. ex. XXXII* (Ienae 1698).

SCHWENDENDORFF. — *De Contratu Aestimatorio*.

SINTENIS. — *Prakt. Gem. Civilrecht*, II, Dissertatio (Siessen 1840).

SHILLING. — *Lehrbuch für Institutionem und Geschichte des Röm. P. R.* (Leipzig, I.-A. Barth, 1834-1846).

SPEKHUN. — *Diss. iurid. de Contr. Aestimatorio, tanquam contr. nominato* (Ibal. 1756).

SPLITHUSIUS (IV. Fred.). — *De Contratu Aestimatorio* (Iéna 1710).

STRYKIL. — *Us. Mod. Pandektar* (Halaë, Madgeburgivae, 1728-1730).

STUHLMANN. — *De Dominio in contr. Aestimatorio ante solutionem praetii in accipientem non translato* (Gott. 1770).

- THALLER (E.). — *Annales de l'Université de Lyon, Mélanges Ch. Appleton, Année 1903* ; « *A propos du Contrat Estimatoire* », pp. 4 et suiv. ; *Traité Élémentaire du Droit Commercial*, 3^e édit. et 6^e édit. (Paris 1922), revue par Percerou.
- UNGER. — *Realcontracte in heut. Rechte*, dans le *Jährbücher de Ihering*.
- UNTERHOLZNER. — *Schuldverhaltdtuisse*, II (Leipzig, J.-A. Barth, 1840).
- VAN WETTER. — *Les Obligations en Droit Romain*, T. II (Gand 1871, 1872, Paris, A. Durand et Pedone Lauriel, 1875, 2^e éd.).
- VALETT. — *Ausführliches Lehrbuch des Praktischen Pandektenrechtes*.
- VIOLLET. — *Histoire du Droit Civil Français* (Paris, L. Larose et L. Tenin, 1905).
- VIVANTE (Cesare). — *Trattato teorico pratico di Diritto Commerciale*, T. I (Torino, Bocca, 1894-1902).
- Traité Droit Commercial*, traduction sur la 3^e édition italienne, par Escarra (1920), T. I.
- VOET. — *Comment. ad Pand.* (Lugduni, Bat., 1698).
- WENDT. — *De Aestimato*, dans la Monographie du *Rechtssatz und Dogma*, partie II, 3, dans le « *Jahrbücher de Ihering*, vol. XXII, pp. 377-397.
- WINDSCHEID. — *Droit des Pandectes*, vol. 2.

CODES ETRANGERS

- Code Civil Général de l'Empire d'Autriche*, trad. par A. Declercq, dans : *Collection des Lois Civiles et Criminelles des Etats Modernes*, publiée sous la direction de Victor Foucher, avocat général. (Paris, Imprimerie Royale, 1836). Ed. Joubert, Blin.
- Code Frédéric ou Corps de Droit pour la Prusse*, traduit de l'Allemand par A. A. de C. S. I. (Samuel de Cocceji), 1751, 2 vol.
- Code Général pour les Etats Prussiens*, traduit par les membres du bureau de législation étrangère par ordre du Ministre de la Justice. T. I, 1^{re} Partie, Titre XI, Section V. (Paris, Imprimerie de la République, an IX, 5 vol.).

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (1876, Leipzig).

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerliches Gesetzbuches für d. deutsche Reich. (B. 2. S. 516).

JURISPRUDENCE

Ch. Cr. Cas., 22 juin 1860, D. P. 60.1.471.

Ch. Cr. Cas., 18 nov. 1882, D. P. 1883.1.230.

Toulouse, 9 juillet 1891, D. P. 94.2.138.

Cr. Cas., 3 déc. 1892, D. P. 93.1.265.

Cr. Cas., 28 avril 1898, D. P. 98.1.433.

Trib. Cor. Seine, 15 fév. 1898, D. P. 98.2.88.

Douai, 28 février 1905, D. P. 1905.2.442.

Douai, 19 février 1900, D. P. 1900.2.483.

Toulouse, 10 janvier 1906, D. P. 1906.5.72.

Cass. Req., 26 déc. 1922, S. 1923.1.338.

Trib. Comm. Seine, 1^{er} déc. 1925, *Gaz. Pal.*, 4 mars 1926.

Trib. Comm. Seine, 2 novembre 1928, *Argus des Assureurs*, n° 2535.

ARRETS CITES

Paris, 15 mars 1823, D. rép., v° *Obligations*, n° 1262.

Bordeaux, 22 juin 1833, S. 33.2.547.

Req., 4 juin 1835, J. G. *Obligations*, 80.

Civ. Cass., 21 août 1850, S. 50.1.723.

Cass., 9 nov. 1846, S. 46.1.853.

Colmar, 23 juin 1857, D. 58.2.44.

Paris, 11 mai 1857, S. 58.2.245.

Bruxelles, 26 juin 1861, Pass. Belge, 61.2.257.

Besançon, 2 août 1864, S. 65.2.136.

Cass. Civ., 29 mai 1876, D. 76.1.361.

Paris, 25 mars 1878, *Journal Le Droit*, 16 juin 1878.

Cass. Belgique, 12 juillet 1893, D. P. 96.2.4.

Paris, 12 août 1880 ; Dijon, 21 juillet 1880, D. P. 82.2.115 et 116.

Turin, 29 déc. 1880, D. P. 81.2.245.

Liège, 12 juillet 1892, D. P. 95.2.4.

- Liège, 12 juillet 1893, D. P. 94.2.381.
Douai, 15 mars 1886, D. 88.2.37.
Trib. Civ. Montauban, 17 mars 1894, S. 94.2.150 et D. P. 92.2.150.
Paris, 12 mars 1894, D. P. 94.2.484 ; S. 94.2.193.
Poitiers, 9 mars 1894, D. 95.2.181, note Planiol.
Trib. Com. Seine, 4 juin 1896, Sirey, 99.2., p. 217.
C. Civ., 25 juillet 1898, S. 90.1.64.
Cass. Civ., 26 mai 1913, D. P., 1914.1.305.
Req., 24 juillet 1906, D. P. 1907.1.25.
Req., 1^{er} juillet 1908, D. 1909.1.11.
Req., 5 août 1907, D. P. 1909.1.411.
Cass. Ch. Réunies, 2 juillet 1903, *Pandectes Françaises Périodiques*,
1903, I, pp. 502-503, § III.
Cass. Ch. Réunies, 17 mars 1904, S. 1905.1.245.
Civ., rejet, 25 juin 1907, S. 1908.1.83.
Cass. Civ., 18 oct. 1911, D. P. 1912.1.113.
Req., 1^{er} mai 1912, D. 1913.1.297.
Amiens, 2 nov. 1920, S. 1922.2.72.
Trib. Comm. Le Havre, 12 janv. 1927, *Rec. Som.*, 1927.
Trib. Civ. Rouen, 6 juillet 1925, *Gaz. Pal.*, 22 oct. 1925.
-

LES PRESSES MODERNES

45, Rue de Maubeuge, 45

PARIS
